Der Kauf auf Probe

Nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landes-Universität Rostock

vorgelegt von

Johannes Lukanow

Referendar in Cöln a. Rh.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1903.

Meinen Eltern

gewidmet.

Einteilung.

§ 1. Einleitung:
Die praktische Bedeutung des Kaufs auf Probe.

I. Abschnitt.
Die rechtliche Natur des Kaufs auf Probe.

§ 2. Begriff des bedingten Rechtsgeschäfts; die condicio si voluero.
§ 3. Die Ansichten in der Rechtswissenschaft über die rechtliche Natur des Kaufs auf Probe.
§ 4. Der Standpunkt des BGB.
§ 5. Abgrenzung des Kaufs auf Probe gegen verwandte Rechtsgeschäfte.

II. Abschnitt.
Die Rechtslage vor der Entscheidung.

§ 6. Die allgemeinen Folgen aus der Eigenschaft des Kaufs auf Probe als eines bedingten Rechtsgeschäfts.
§ 7. Die besonderen Rechte und Pflichten der Parteien beim Kauf auf Probe.
a) bei der aufschiebenden Bedingung.
b) bei der auflösenden Bedingung.

III. Abschnitt.

Die Entscheidung beim Kauf auf Probe.

§ 8. Begriff und Wesen der Billigung.

§ 9. Die Form der Billigung.

§ 10. Zeitpunkt der Billigung.

IV. Abschnitt.

Die Rechtslage nach der Entscheidung.

§ 11. Im Falle der Billigung.

§ 12. Im Falle der Mißbilligung.

V. Abschnitt.

§ 13. Die Beweislast beim Kauf auf Probe.

Litteratur.

I. Materialien, Kommentare und Lehrbücher.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. II. Aufl., Bd. 1.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. 1 u. 2.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. IV. Aufl., Bd 1

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. II. Aufl

Gareis, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil.

Hellmann, Verträge über das Bürgerliche Gesetzbuch Allgemeiner Teil.

Hölder, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil.

Leonhard, Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. III. Aufl. Bd. 1

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Recht der Schuldverhältnisse.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. II. Aufl., Bd. 1 u. 2.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1.

von Hahn, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. II. Aufl., Bd. 2.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch. Bd. 2

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. VI. u. VII. Aufl., Bd. 1 u. 2.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts. Bd. 2.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. II. Aufl., Bd. 2.

Glück-Arnds, Pandekten. Bd. 46.

Regelsberger, Pandekten. Bd. 1.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. VIII. Aufl., Bd. 1.

II. Monographieen.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. Bd. 2. Erlangen 1884.

Bothe, Begriff, Zweck und Wirkung der Bedingungen. Nach dem bürgerl. Gesetzbuch. Dissertation Rostock 1899.

Caro, Die Theorie der emtio ad gustum. Dissertation Greifswald 1871.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. Marburg 1888.

Paßmann, Die Gefahr beim bedingten Kauf. Dissertation Greifswald 1901.

Regelsberger, Altersverzug der Pfandrechte. Erlangen 1859.

von Scheurl, Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften. Erlangen 1871.

Stein, Die Natur des Kaufs auf Probe. Dissertation Erlangen 1896.

Wendt, Lehre vom bedingten Rechtsgeschäft. Erlang. 1872.

Stölzel, Schulung für die ziviliſtische Praxis. Berlin.

III. Zeitschriften und Entscheidungen.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts. Bd. 9, 11, 23, 29.

Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 1, 2, 5, 38.

Iherings Jahrbücher. Bd. 9, 25.

Archiv für die Ziviliſtiſche Praxis. Bd. 46.

Kritiſche Vierteljahrsſchrift für Geſetzgebung und Rechtswiſſenſchaft von Brinz u. Pözl. Bd. 15.

Seufferts Archiv. Bd. 23, 26, 28, 29, 34, 44, 45, 48.

Entſcheidungen des Oberhandelsgerichts. Bd. 2, 7, 14, 24.

Einleitung.

§ 1.

Unter den Rechtsgeschäften des täglichen Lebens kommt wohl am häufigsten der Kauf vor. Er ist begrifflich ein Vertrag über Umsatz von Ware gegen Geld und begründet auf Seiten des Verkäufers die Verpflichtung, die verkaufte Sache zu liefern, auf der des Käufers sie abzunehmen und den Kaufpreis zu zahlen.[1] Diese Verpflichtungen und die mit ihnen korrespondierenden Rechte auf der Gegenseite entstehen sofort nach Abschluß des Kaufvertrages.[2] Nun kommt es im Verkehr häufig vor, daß ein Kauflustiger aus den verschiedensten Gründen nicht sofort eine endgültig bindende Erklärung abgeben möchte, etwa weil er den Kaufgegenstand noch näher untersuchen oder das Urteil eines andern einholen oder sich noch bedenken will, ob auch wirklich das Bedürfnis zu kaufen für ihn besteht. Andrerseits liegt es ihm daran, für die Zeit bis zu seiner definitiven Entschlußfassung den Verkäufer dahin zu binden, über den Gegenstand nicht anderweitig zu verfügen. Der Verkäufer wird aber eine Gelegenheit, seine Ware an den

1) § 433 BGB.
2) § 271 BGB.

Mann zu bringen, nicht vorübergehen lassen, auch wenn er einige Zeit bis zur definitiven Entscheidung warten sollte. In solchen Fällen dient der Kauf auf Probe den Absichten der Parteien. Wegen der Wichtigkeit dieser Art des Kaufvertrages für das Verkehrsleben ist er im Bürgerlichen Gesetzbuch besonders geregelt. Die auf ihn bezüglichen Bestimmungen sind in den §§ 495, 496 BGB. enthalten und haben folgenden Wortlaut:

§ 495.

„Bei einem Kauf auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten."

§ 496.

„Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden. War die Sache dem Käufer zum Zweck der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung."

I. Abschnitt.

Die rechtliche Natur des Kaufs auf Probe.

§ 2.

Begriff des bedingten Rechtsgeschäfts; die condicio si voluero.

Der Kauf auf Probe ist nach § 495 BGB. unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossene Er gehört also seiner Natur nach zu den sogenannten bedingten Rechtsgeschäften.

Die Bedingung in der hier gemeinten technischen Bedeutung ist die in einer Willenserklärung enthalten Bestimmung, daß die gewollte Rechtswirkung nur mit dem Eintritt eines zukünftigen ungewissen Umstandes entstehen oder endigen soll. Im ersteren Falle nennt man die Bedingung aufschiebend, im letzteren auflösend.

Wesentliches Erfordernis der Bedingung ist also, daß sie in der Zukunft liegt und ihr Eintritt ungewiß ist. Innerhalb dieser Begrenzung kann sie den verschiedensten Inhalt haben. Sie kann eine menschliche Handlung sein oder irgend ein anderes Ereignis, sie kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, sie kann tatsächlicher oder rechtlicher Natur sein. Sie kann auch in

einer Handlung eines der Vertragschließenden bestehen, wenn diese von dem Mitwirken anderer abhängt, also nicht allein von dem Willen des Kontrahenten selbst. Kann aber die Bedingung in die Willkür eines der Vertragschließenden gestellt sein, ist mit andern Worten eine Verpflichtung unter der Bedingung gültig, daß der sich Verpflichtende sie später wollen wird? Das römische Recht hat an verschiedenen Stellen für einseitige und zweiseitige Willenserklärungen ausgesprochen, daß eine Verpflichtung unter der Bedingung „si voluero" eine Willenserklärung „ich will, wenn ich wollen werde" ungültig ist. Der Grund für diesen Satz liegt nach der allgemeinen Ansicht darin, daß es an einem gegenwärtigen Verpflichtungswillen fehlt. Wer erklärt, ich will, wenn ich wollen werde, will vorläufig eben nicht. Es sei logisch unmöglich, daß ein Verpflichtungswille gegenwärtig besteht. Der gegenwärtige und der zukünftige Wille der Partei sei, sofern er sich auf die gleiche Verpflichtung beziehe, nichts Verschiedenes Nun kann man aber doch den Willen an sich nicht als etwas so Gleichmäßiges, Einheitliches auffassen, daß man ihn auch inbezug auf dasselbe Rechtsverhältnis sich nicht verschieden denken kann. Vielmehr wirken auf den Willen so mannigfache Momente ein, daß die Willensbewegungen sich inbezug auf den gleichen Gegenstand ihrer Richtung einmal zu diesem, einmal zu jenem Entschluß verdichten können. Der zukünftige Entschluß ist ein ganz anderer als der jetzige.[1]

1) Vgl. Leonhard, Willkür und Willenserklärung in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Bd. 39 S. 188: „In unserm Falle ist Inhalt der Bedingung ja garnicht der jetzige Wille des Versprechenden, auf den es für den Geschäftsschluß allein ankommt, sondern sein zukünftiger Wille. Beide können durchaus verschieden sein."

Der Vertragschließende weiß es gegenwärtig noch nicht, welchen Entschluß er künftig fassen wird. Dies sind aber doch nur die Voraussetzungen der Bedingung überhaupt: die Zukünftigkeit und die Ungewißheit. Es ist also logisch durchaus möglich, einen Vertrag abzuschließen unter der Bedingung, daß der eine Kontrahent es später wollen wird. Ein innerer Unterschied zwischen dem künftigen Entschluß eines Kontrahenten und einem sonstigen zukünftigen, ungewissen Umstand besteht nicht. Allerdings ist die rechtliche Lage der Parteien insofern anders, als es in dem Willen der einen liegt, die Bedingung eintreten zu lassen oder nicht. Die Entstehung der rechtlichen Wirkung hängt allein von ihrem Entschlusse ab, während der andere Teil in keiner Weise auf dieselbe Einfluß hat.

Wenn aber die Römer wirklich die Bedingung „si voluero" aus dem Grunde für unzulässig gehalten hätten, weil eine gegenwärtige Verpflichtung bei ihr nicht denkbar ist, so kommen diejenigen, die diese Ansicht vertreten, in eine schwierige Lage, weil die Römer den Kauf auf Probe als durchaus gültig betrachteten. Ja dieser ist in den Institutionen als Beispiel eines bedingten Kaufs angeführt:

§ 4 Inst. de empt.:

Emptio tam sub condicione quam pure contrahi potest: sub condicione veluti „si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot".

Die Bedingung ist hier: „Wenn Stichus dir gefallen wird". Es steht also im Belieben des Käufers, dieselbe eintreten zu lassen. Um nun den Widerspruch zwischen dem im römischen Recht anscheinend enthaltenen Grund-

satz: Ein Rechtsgeschäft unter der condicio si voluero ist deshalb ungültig, weil ein gegenwärtiger Verpflichtungswille fehlt, und der anerkannten Gültigkeit des Kaufs auf Probe zu beseitigen, hat man die verschiedenartigsten Lösungsversuche gemacht.

§ 4.

Die Ansichten in der Rechtswissenschaft über die rechtliche Natur des Kaufs auf Probe.

Ein naheliegender Ausweg war es: der erwähnte Grundsatz wird durch den Kauf auf Probe nicht umgestoßen, denn dieser ist eine Ausnahme, eine Singularität. So sagt Savigny:[1] „Es ist eine ganz einzelne Ausnahme dieser Regel, daß der Kauf ad gustum, also auf einseitige Willkür des Käufers geschlossen werden kann". Dieser Ansicht hat sich Bechmann[2] mit selbstständiger Begründung angeschlossen. Gegen diese Auffassung ist mit Recht angeführt worden, daß dann die Römer in ihren Institutionen als Schulbeispiel eines bedingten Kaufes eine Anomalie angeführt hätten. Sie hat denn auch wenig Anklang gefunden.

Andere[3] sehen in dem Kauf auf Probe kein zweiseitiges Rechtsgeschäft, sondern eine vertragsmäßig gesicherte Offerte. In den Quellen findet sich aber für diese Ansicht keine Belege, da das römische Recht die Gebundenheit des Offerenten nicht anerkannt hat, und

1) System III S. 131.

2) Kauf Bd. II S. 212 ff.

3) Köppen, Jahrbücher für Dogmatik Bd. XI; Caro, die Theorie der emtio ad gustum; Bekker, System II § 106.

eine innere Begründung ist für sie in keiner Weise erbracht.[1]

Goldschmidt[2] und von Hahn[3] halten den Kauf auf Probe für einen einseitig bindenden Vorvertrag. Ein Vorvertrag begründet aber erst die Verpflichtung zum Abschluß eines Hauptvertrages, während doch mit Eintritt der Bedingung beim Kauf auf Probe bereits der Hauptvertrag perfekt ist und die Ansprüche aus diesem sofort entstehen. Ferner ist nach römischem Recht das pactum de vendendo nicht klagbar. Um diese Schwierigkeiten aus dem Wege zu räumen, argumentierte man: In diesem Falle werde das pactum aus Nützlichkeitsrücksichten als bedingtes Kaufgeschäft angesehen, und mit Eintritt der Bedingung sei denn ohne weiteres ein perfekter Kauf da. Diese künstliche Konstruktion, die in den Quellen eine Stütze nicht findet, ist in keiner Weise geeignet, eine befriedigende Lösung zu geben.

Eine weitere Ansicht leugnete, daß die Bedingung beim Kauf auf Probe in das freie Belieben des Käufers gestellt sei. Dieser müßte vielmehr nach einem arbitrium boni viri entscheiden. Dadurch wird aber gerade das, was nach allgemeiner Ansicht das Charakteristische beim Kauf auf Probe ist, verneint, daß nämlich die Billigung des gekauften Gegenstandes im freien Belieben des Käufers liegt, nur von seiner mera voluntas abhängt. Wenn der Käufer bei seiner Entscheidung an einen gewissen Maßstab, das arbitrium boni viri, gebunden ist, dann unterscheidet sich dieser Kauf im Grunde nicht von einem

1) Vgl. Bechmann, Kauf, Bd. II S. 221; Leonhard a. a. O S. 182.

2) In seiner Zeitschrift Bd. II S. 230.

3) Kommentar zum ADHB. Art. 339 § 6.

gewöhnlichen, bei dem der Verkäufer auch für das Vorhandensein der Durchschnittseigenschaften ohne weiteres Gewähr leisten muß. Dieser Erklärungsversuch, der schon in der Glosse vorkommt, ist von Unger[1] wieder aufgenommen und verteidigt. Nachdem aber auch das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch den Kauf auf Probe im Sinne der allgemeinen Ansicht gesetzlich sanktionierte, gab Unger selbst[2] seinen Standpunkt auf.

Schließlich geben Windscheid[3] und mit ihm Arndts[4] und andere folgende Erklärung für die Natur des Kaufs auf Probe: Eine Verpflichtung unter der Bedingung, daß der sich Verpflichtende sie später wollen werde, sei zwar nichtig. „Der obligatorische gegenseitige Vertrag werde aber dadurch nicht vollständig nichtig, daß der eine der Kontrahenten sich unter einer solchen Bedingung verpflichtet habe. Dieser Kontrahent sei zwar nicht gebunden, aber deswegen nicht auch der andere nicht. Denn die Obligationen, welche ein solcher Vertrag erzeuge, seien nicht in der Weise von einander abhängig, daß die eine nicht ohne die andere be- oder entstehen könnte, sondern jede von ihm erzeugte Obligation bestehe getrennt von der anderen, und könne keine der Parteien Erfüllung verlangen, ohne ihrerseits zu leisten, was sie versprochen habe."[5]

Windscheid zerlegt also den gegenseitigen Vertrag in zwei von einander getrennte Obligationen. A sagt zu B: Ich verspreche Dir, den Gegenstand zu geben,

1) In Goldschmidt, Zeitschrift Bd. III.
2) In Iherings Jahrbüchern Band 25.
3) Pandekten Band I S. 413, 414.
4) In Glücks Pandekten Band 46 S. 352.
5) Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. I S. 414 Anm 1.

willst Du dieses Angebot annehmen? B: Ich verspreche Dir, 100 dafür zu geben, willst Du dies annehmen? B erklärt nun nach Windscheids Ansicht: Ich nehme Deine Offerte, A, an, wenn ich wollen werde. Dadurch wird A gebunden, B übernimmt keinerlei Verpflichtung. Von seiner Gegenofferte ist vorläufig noch garnicht die Rede. Erst wenn B später erklärt, ich will nun endgültig, dann wird der ganze gegenseitige Vertrag perfekt; n der Erfüllung der Bedingung liegt zugleich das Erbieten des B zur Gegenleistung und die Annahme desselben seitens des A.

Gegen diese Ansicht ist folgendes anzuführen:

1. Die Gegenofferte des B hängt völlig in der Luft. Da bei der ursprünglichen Erklärung der Parteien nur von dem Angebot und der Annahme der einen Leistung des A die Rede ist, so muß doch, wenn man auch in der Erfüllung der Bedingung implicite das Angebot der Gegenleistung sehen kann, doch noch die Annahme derselben durch den A erfolgen. Die Fiktion, daß auch diese mit Erfüllung der Bedingung geschieht, ist doch nur so denkbar, daß in der ursprünglichen Offerte des A auch das Erbieten liegt (im Verhältnis zu B ist dies als Annahme seines zu machenden Gebots zu betrachten), die Gegenleistung anzunehmen. Damit fällt aber auch m. E. die Theorie Windscheids; denn

2. Die Offerte beim zweiseitigen Vertrage besteht in der Tat in dem Angebot der Leistung und dem Erbieten, eine bestimmte Gegenleistung anzunehmen. Sie ist eine einheitliche und kann garnicht in zwei getrennte Offerten, die jede ein selbständiges Dasein

haben, zerlegt werden.[1] Wenn B erklärt: Ich nehme an, wenn ich wollen werde, dann nimmt er nicht nur die Offerte bedingt an, sondern setzt zugleich seine Verpflichtung unter einer Bedingung.

3. Nimmt man auch an, daß durch die Billigung des Käufers, wie Windscheid meint, die Annahme der Offerte des Verkäufers unbedingt wird und zugleich die Gegenofferte gemacht und akzeptiert ist, so besteht doch bis zur Billigung nichts anderes als die Offerte des Verkäufers und die bedingte Annahme derselben. Dies kann man aber doch unmöglich als Kaufvertrag bezeichnen, was doch der Kauf auf Probe auch im römischen Recht ist. Die Römer hätten danach als Beispiel eines bedingten Kaufs eine emptio nulla angeführt.[2]

Die Theorie Windscheids ist in ihrer rechtlichen Konstruktion auch tatsächlich gleichbedeutend mit der Offertentheorie.[3]

§ 5.

Der Standpunkt des BGB.

Es würde hier zu weit führen, alle Theorien über den Kauf auf Probe im römischen Recht auch nur kurz zu erörtern. Es mögen daher die angeführten genügen, um zu zeigen, wie das Bemühen in der Rechtswissenschaft dahin ging, einen vollgültigen Kaufvertrag unter der Bedingung, daß dem Käufer die Ware gefallen werde,

---

1) cf. Bechmann, Kauf II S. 222.
2) S. Leonhard a. a. O. S. 183.
3) S. Bechmann, Kauf Bd. II S. 222.

im römischen Recht zu leugnen oder als Ausnahme hinzustellen, weil auf Seiten des Käufers keine bindende Verpflichtung vorliege. Nun hat das BGB. im Anschluß an das HGB. die Gültigkeit des Kaufs auf Probe gesetzlich sanktioniert. Es hat dabei keinen Zweifel darüber gelassen, daß der Kauf auf Probe ein vollgültiger Kaufvertrag sei. Denn der § 495 sagt ausdrücklich: „Bei einem Kauf auf Probe oder Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Es ist also von einem gekauften Gegenstande und nicht einem zu kaufenden die Rede. Darnach kann weder die Offertentheorie, noch die Vorvertragstheorie, noch die Theorie Windscheids in Frage kommen.

Ferner ist die Bedingung beim Kauf auf Probe eine echte condicio si voluero. Denn die Billigung der gekauften Ware liegt im freien Belieben des Käufers. Er ist bei seiner Entscheidung nicht durch die Güte der Ware oder etwas anderes gebunden. Er kann sich entschließen, wie er will. Damit liegt aber auch die Entscheidung über den ganzen Kaufvertrag in seiner Hand. Denn das Gefallen an dem gekauften Gegenstand kommt nicht schlechthin in betracht, sondern an ihm als Kaufobjekt. Der Käufer wird also auch den Kaufpreis und sein Bedürfnis in Frage ziehen. Die Bedingung der Billigung der Ware ist also gleichbedeutend mit der Billigung des Kaufs überhaupt, und die Willenserklärung des Käufers bei Abschluß des Kaufs auf Probe hat also den Sinn: Ich will, wenn ich wollen werde. Es ist allerdings wie im römischen Recht bereits auch für das BGB. behauptet werden, der Kauf auf Probe sei eine Ausnahme. Außer diesem sei eine Verpflichtung unter

der Bedingung si voluero ungültig. Diese Ansicht wird von Endemann[1] vertreten, dürfte aber nicht zutreffend sein. Der I. Entwurf hatte in § 138 allerdings die Regel aufgenommen, daß es unzulässig sei, eine Verbindlichkeit durch aufschiebende Bedingung von dem bloßen Willen des Verpflichteten abhängig zu machen. Im § 79 war aber für gegenseitige Verträge eine Ausnahme zugelassen. Diese Bestimmungen die sich offenbar der Windscheid'schen Theorie anschlossen, sind in das Gesetzbuch nicht übernommen, weil, wie in den Protokollen[2] mit Recht hervorgehoben wird, die Entscheidung dieser Frage der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben sollte, und es wurde auf die Analogie des Kaufs auf Probe verwiesen. Es wurde dabei ausdrücklich betont, daß sich aus der Vorschrift über den Kauf auf Probe das ihr zu Grunde liegende höhere Prinzip auch für andere gleichgeartete Fälle werde entnehmen lassen. Hierbei ist zunächst an die in den Motiven[3] erwähnten Fälle gedacht. Dort werden außer dem Kauf auf Probe als weitere gleichartige Verträge angeführt: Dienst-, Lehr- und Mietvertrag auf Probe, ferner die Verträge, welche die Militärverwaltung über Kriegslieferung schließt u. a. Für diese besteht in der Tat dasselbe praktische Bedürfnis, wie für den Kauf auf Probe.[4]

Hiernach wird man wohl darauf verzichten müssen, den Kauf auf Probe ferner als Singularität anzusehen.

---

1) Lehrbuch des BGB. Band I S. 728 Anm. 4.
2) Prot. Bd. I S. 75.
3) Mot. Bd I § 79.
4) Vgl. Matthiaß, Lehrbuch des BGB. Bd. I S. 262; Leonhard a. a. O. S. 205, 206; Windscheid-Kipp Bd. 1 S. 415 Anm. 1 a. E.

Dann entsteht aber wiederum die Frage, wie verträgt sich die Gültigkeit solcher Verträge mit dem vermeintlichen Grundsatz des römischen Rechts, eine Verpflichtung unter der Bedingung si voluero sei ungültig? Die Windscheid'sche Theorie, die u. E. an sich verfehlt ist, kann aber für das BGB. nicht Geltung beanspruchen, da offenbar mit dem Ausdruck des „gekauften Gegenstandes" im § 495 gesagt werden soll, daß es sich um einen vollgültigen Kaufvertrag handelt, was der Kauf auf Probe nach der Windscheid'schen Theorie aber schlechterdings nicht ist.

Zweckmäßig ist es zu prüfen, wie es überhaupt kommt, daß der Kauf auf Probe trotz des durch die Bedingung si voluero dem Käufer gewährten Übergewichts sich im Verkehrsleben so sehr bewährt hat.

Theoretisch ist u. E., wie oben ausgeführt wurde, eine Willenserklärung, ich will, wenn ich wollen werde, durchaus rechtlich möglich, und diese Bedingung unterscheidet sich ihrem Wesen nach nicht von einer andern echten Bedingung. Denn der Zweck eines bedingten Rechtsgeschäfts ist ja der, eine Disposition für die Zukunft zu treffen, wenn ein gewisser Umstand später eintritt, und daher wird schon jetzt ein vertragliches Verhältnis begründet. Wenn ich nun einen Gegenstand erwerben will, aber noch nicht endgültig dazu entschlossen bin, und ich doch für den Fall, daß ich mich später bejahend entschließe, den Erwerb schon jetzt sicherstellen möchte, so schließe ich sofort einen Kaufvertrag ab unter der Bedingung, daß mein späterer Entschluß zustimmend ist.

Wenn aber auch ein solcher Vertrag theoretisch möglich ist, so ist es eine andere Frage, ob er praktisch durch-

führbar ist. Denken wir uns, daß über die ganze Lehre vom Kauf auf Probe im Gesetzbuch nur der § 495 Abs. 1 enthalten wäre:

> „Bei einem Kauf auf Probe oder auf Besicht steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers. Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen,"

so hätten wir allerdings eine Definition, die den Vertragsbegriff an sich erschöpft. Prüfen wir aber darauf die praktische Anwendung dieses Vertrages, so stoßen folgende Fragen auf:

1. Ist der Käufer an seine einmal gegebene Entscheidung gebunden, oder kommt es nur auf seinen inneren Willen an, d. h. kann er bis zur Leistung seine Entscheidung beliebig ändern?

2. Ist der Verkäufer in der Lage die Entscheidung herbeizuführen?

Erst die Regelung dieser Fragen gibt dem Kauf auf Probe praktischen Wert. Denn sonst ist der Verkäufer der Willkür des Käufers preisgegeben. Wenn der Käufer, wie bei der Wahlschuld der Wähler, befugt wäre, seine Entscheidung bis zur Erfüllung jeder Zeit abzuändern, dann müßte der Verkäufer auch bei jeder Willensänderung des Käufers seine Dispositionen anders treffen.

Ferner muß der Verkäufer es in seiner Hand haben seine Gebundenheit zu beendigen, da sonst der Käufer die Entscheidung beliebig hinausschieben könnte, unter dem Vorwand, er sei noch nicht entschlossen. Ohne die Mög-

lichkeit für den Verkäufer, den Käufer zu einer Entscheidung zu zwingen, wäre der Kauf auf Probe praktisch undenkbar. [1]

Die hier angegebenen Schwierigkeiten finden im § 496 BGB. eine Regelung, die die Rechtslage des Verkäufers in jeder Weise sichert.

1. Das BGB. hält es für selbstverständlich, daß der Käufer an seine einmal gegebene Entscheidung gebunden ist.

2. Der Käufer kann nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer ihm vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist die Billigung erklären. [2]

Hieraus würden wir die Regel erhalten: Eine Verbindlichkeit kann unter der Bedingung, daß der Verpflichtete sie wollen werde, eingegangen werden, wenn die Bedingung durch die einmal geschehene Äußerung des Willens erfüllt ist und bei zweiseitigen Geschäften der andere Teil in der Lage ist, die Entscheidung herbeizuführen. [3]

Wenn wir hiermit das römische Beispiel vom Kauf auf Probe vergleichen, so sehen wir, daß auch dort die erhaltene Regel befolgt ist: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot."

1) cf. Endemann, Lehrbuch des BGB. Bd. I S. 728: „Ein Vertrag, durch den der Verkäufer absolut dem Belieben des Käufers unterworfen würde, wäre ein Unding."

2) Hierin liegt gerade die obligatio des Käufers, daß er vom Verkäufer bei Vermeidung bestimmter Rechtsfolgen gezwungen werden kann, eine Entscheidung abzugeben. cf. Staub, Kommentar z. HGB. Bd. II S. 1396. Dagegen Windscheid Bd. I § 414 „Der andere Kontrahent ist in jeder Beziehung ungebunden."

3) Vgl. Leonhard a. a. O. S. 194; dieser begründet ausführlich und u. E. zutreffend die im Text vertretene Ansicht.

Die Ungültigkeit der Verpflichtung unter der Bedingung si voluero im römischen Recht ergibt sich demnach nur aus dem Gesichtspunkt, daß mit dem velle der innere Wille gemeint ist und der Verpflichtete nicht gezwungen werden kann, eine definitive Entscheidung abzugeben. Wenn auch die Quellen als Grund für die Ungültigkeit der Verpflichtung unter der Bedingung si voluero anführen: quia non adstringit necessitate contrahentes, so kann, wie Leonhard[1] hervorhebt, dies nicht als zutreffend erachtet werden, weil dieser Mangel sich bei jeder Potestativbedingung ergibt.

§ 6.

Abgrenzung des Kaufs auf Probe gegen verwandte Rechtsgeschäfte.

Aus den vorhergehenden Erörterungen geht hervor, daß der Kauf auf Probe mit einer bloßen Offerte oder mit Vorverhandlungen leicht verwechselt werden kann, und es ergeben sich in der Praxis vielfach Schwierigkeiten, ob nach dem Vorbringen der Parteien ein Kauf auf Probe oder nur eine Offerte bezw. ein Vorvertrag anzunehmen ist. Man muß dann aus den Geschäftsbeziehungen der Parteien und ihrem vermutlichen Geschäftswillen entnehmen, was im konkreten Falle vorliegt. Zweifelhaft kann es sein, ob seit Geltung des BGB. in der Zusendung nicht bestellter Waren bei Bestehen einer Geschäftsverbindung zwischen dem Absender und Empfänger ein Kauf auf Probe zu erblicken ist.[2] Denn

1) a. a. O. S. 202.
2) cf. Bechmann. Kauf Bd. II S. 229 Anm. 5.

die Folgen für den Fall, daß der Empfänger sich innerhalb einer ihm vom Zusender etwa gestellten Frist nicht erklärt,[1] sind bei der Offerte nach BGB.[2] und dem Kauf auf Probe die gleichen: Nach Ablauf der Frist wird der Kauf perfekt. Man könnte m. E. nur dann einen Kauf auf Probe annehmen, wenn nach den ausdrücklichen oder stillschweigenden Parteierklärungen ein solcher zustande kommen sollte.

Andererseits ist, wenn zwischen den betreffenden Personen keine Geschäftsbeziehungen bestehen, auch dann kein Kauf auf Probe anzunehmen, wenn z. B. der Absender schreibt: „Ich verkaufe Ihnen auf Probe." Falls der Empfänger dann eine ihm gestellte Frist, ohne eine Erklärung abzugeben, verstreichen ließe, würde darin keineswegs eine Billigung eines Kaufs auf Probe zu erblicken sein, sondern vielmehr eine Ablehnung einer bloßen Offerte.

Man wird auch sonst bei der Feststellung, ob Kauf auf Probe vorliegt, nicht die gebrauchten Worte entscheiden lassen können. Denn im Handelsverkehr werden häufig ungenaue Ausdrücke, wie zum Besehen, zum Kosten, auf Nachziehen, auf Versuch, auf Prüfung, probeweise oder Probesendung für Kauf auf Probe angewandt.[3] Ferner ist ein Kauf auf Probe auch bei der Klausel, daß der Käufer die Befugnis erhält, „Nichtkonvenierendes umzutauschen", vorhanden. Denn die Abrede, anderes für das Nichtpassende zu nehmen, hat

1) Dieses Moment kommt wohl hier nur allein in Frage.

2) §§ 145, 148, 151.

3) cf v. Hahn, Kommentar zum ADHGB. Bd. II S. 245; Staub a. a. O. Bd. II S. 1397.

mangels einer Vereinbarung über Ware und Preis keine bindende Kraft, weil der Verkäufer die Befugnis des Käufers, umzutauschen, stets dadurch vereiteln könnte, daß er entweder nicht zusagende Ware als Ersatz böte oder unannehmbare Preise verlangte.[1] Häufig hat aber das Erbieten des Verkäufers, eine gekaufte Ware umzutauschen, auch den Sinn, daß der Kaufvertrag unter der auflösenden Bedingung des künftigen Abschlusses eines anderen Kaufs um denselben Preis geschlossen wird.[2]

Bei sogenannten Auswahlsendungen hat man auch einen Kauf auf Probe angenommen.[3] Diese Entscheidung dürfte aber nicht zutreffend sein. Denn es fehlt an einer genügenden Bestimmtheit der Ware und des Preises. Wenn auch dem Empfänger die Preise der einzelnen Gegenstände der Auswahlsendung bekannt gemacht sein sollten, so steht doch die Individualität des Kaufobjektes nicht fest. Die Frage ist denn auch bereits im entgegengesetzten Sinne entschieden worden.[4]

Auch dadurch kommen oft Mißverständnisse vor, daß man nicht genügend das Moment der völlig freien Entscheidung des Käufers betont. Das ist ja gerade das charakteristische Merkmal des Kaufs auf Probe, daß die Billigung des Kaufgegenstandes in seiner freien Willkür

1) Erk. des Obertribunals im Busch's Archiv Bd. 23 S. 157.

2) cf. Lehmann-Ring, HGB. Bd. II S. 191; Staub a. a. O. Bd. II S. 1397. Ein Kauf dieser Art wird oft geschlossen, wenn jemand ein Geschenk für einen Dritten kauft und verabredet, der Beschenkte solle das Recht haben, einen anderen gleichwertigen Gegenstand einzutauschen.

3) E. d. OLG. Zweibrücken in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 38 S 199.

4) E. des Obertribunals in Striethorst Archiv Bd. 45 S. 295. Vgl. auch Staub a. a. O. Bd. II S. 1397 Anm. 1.

liegt, daß er ihn nicht zu untersuchen braucht und auch nicht der subjektive Eindruck desselben für seine Entscheidung maßgebend ist. Deshalb sind vom Kauf auf Probe zu unterscheiden alle Fälle, in welchen der Käufer irgend welche Verpflichtung bezüglich seiner Entscheidung übernimmt. Wenn er also z. B. sich das Recht zu prüfen und eventuell zu genehmigen in dem Sinne vorbehält, daß er zu dieser Prüfung nicht nur berechtigt, sondern auch verflichtet ist und bei günstigem Ergebnis der Prüfung genehmigen muß, dann liegt kein Kauf auf Probe vor.[1] Dieselbe Bedeutung hat auch eine Abrede, daß der Käufer die Ware zurückgeben dürfe, wenn sie seinen Kunden nicht zusage.[2] Ein Kauf unter der Abrede, daß nicht der Wille des Käufers, sondern eines Dritten (z. B. des Dienstboten, den jener zu Weihnachten beschenken will) zur Bedingung gesetzt wird, kann nicht, wie Oertmann[3] will, als Kauf auf Probe aufgefaßt werden Denn hier steht die Entscheidung keineswegs im Belieben des Käufers, ist vielmehr von einem Umstand abhängig, der seiner Willkür entzogen ist. Nur dann wäre es möglich, hier einen Kauf auf Probe anzunehmen, wenn der Käufer trotz Billigung des Dritten seine Mißbilligung erklären könnte. Dies ist aber garnicht die Absicht der Parteien in einem solchen Fall. Es läuft wohl bei dieser Ansicht die Vorstellung unter, daß der Dritte mit dem Käufer identifiziert wird und sie beide den Vertragsgegner repräsentieren.

1) E. d. ROHG. Bd. 14 S. 205.

2) Dernburg, das bürgerliche Recht Bd. II S. 82 sieht auch in diesen Verträgen einen Kauf auf Probe.

3) Kommentar z. BGB. II. Teil S. 215.

II. Abschnitt.

Die rechtliche Lage vor der Entscheidung.

§ 7.

Die allgemeinen Folgen aus der Eigenschaft des Kaufs auf Probe als eines bedingten Rechtsgeschäfts.

Der Kauf auf Probe ist, wie wir gesehen haben, ein bedingter Kaufvertrag. Die Entstehung der beiderseitigen Rechte und Verpflichtungen ist unter die Bedingung gestellt. Dies wird meistens nicht genügend betont.[1] Vor Eintritt der Bedingung besteht sowohl auf Seiten des Verkäufers als auch des Käufers kein Anspruch. Mit Eintritt der Bedingung entsteht der Anspruch des Käufers auf Leistung, aber auch seine Verpflichtung, den Kaufpreis zu bezahlen. Die rechtliche Lage vor und nach der Entscheidung ist, was die vertraglichen Rechte und Pflichten anlangt, die gleiche bei den Parteien. Die Eigentümlichkeit beim Kauf auf Probe besteht nur darin, daß die Entscheidung nach der positiven oder negativen Seite im Belieben des Käufers steht. Deshalb ist nur die Intensität der Erfüllungsbereitschaf beim Verkäufer eine größere,

1) S. auch Bechmann a. a. O. Bd. II S. 231.

da er auf den Eintritt oder Ausfall der Bedingung bis zur Entscheidung vorbereitet sein muß, während der Käufer in jedem Moment nach Abschluß des Kaufs bis zur Entscheidung sein augenblickliches Interesse am Bestehen oder Nichtbestehen des Geschäfts wahrnehmen kann. Aus der Gleichmäßigkeit der rechtlichen Lage der Parteien ergibt sich, daß die Vorschriften über bedingte Rechtsgeschäfte in gleicher Weise auf den Verkäufer wie Käufer Anwendung finden. Bis zur Entscheidung, ob die Bedingung eintritt oder nicht, ist es noch in der Schwebe, ob die Ansprüche entstehen oder nicht. Bis dahin äußert sich aber die Existenz des Rechtsgeschäfts in verschiedener Weise. Der Grund dafür liegt darin, daß die Parteien mit der Möglichkeit rechnen müssen, daß die Bedingung eintritt, und für diesen Fall erfüllungsbereit sein müssen. Jeder Teil hat schon jetzt eine Aussicht, eine Anwartschaft auf die versprochene Leistung. Diese Anwartschaft, die man gewöhnlich als bedingtes Recht bezeichnet, ist vererblich, soweit das unbedingte Recht vererblich ist,[1] und kann den Gegenstand von Rechtsgeschäften bilden. Sie ist veräußerlich, verpfändbar und pfändbar. Das bedingte Recht kann ferner nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes durch Bürgschaft, Hypothek und Pfand gesichert werden. In dieser Hinsicht sind die Vorschriften der §§ 765 Abs. 2, 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2 BGB. maßgebend. Wenn das bedingte Recht in irgend welcher Weise durch die Lage des Verpflichteten gefährdet er-

1) Der § 132 des I. Entwurfs, welcher diesen Satz aussprach, ist als entbehrlich gestrichen worden, da es selbstverständlich sei, daß das bedingte Recht wie jeder andere Vermögensbestandteil auf die Erben übergehe.

scheint, so hat der bedingt Berechtigte einen Anspruch auf Sicherheitsleistung. In einzelnen Fällen ist die Pflicht zur Sicherheitsleistung besonders im Gesetz vorgesehen, so bei der Auflösung eines Vereins,[1] bei der Verteilung des Nachlasses,[2] und bei der Auseinandersetzung unter Miterben.[3]

Im allgemeinen ist eine Sicherung des bedingten Rechts durch Arrest und einstweilige Verfügung zulässig.[4] Schließlich wird das bedingte Recht sowohl im Konkurse des bedingt Berechtigten, wie des bedingt Verpflichteten berücksichtigt.[5] Die rechtliche Lage des bedingt Verpflichteten ergibt sich aus dem Gesichtspunkt, daß er für den Fall des Eintritts der Bedingung erfüllungsbereit sein muß. Er darf daher nichts unternehmen, wodurch es ihm unmöglich wird, seiner Verpflichtung nachkommen zu können. Diese Gebundenheit legt ihm hinsichtlich tatsächlicher und rechtlicher Verfügungen über den Gegenstand seiner Verpflichtung Beschränkungen auf. Er darf in ersterer Beziehung den Gegenstand nicht zerstören oder beschädigen und ist im Falle des Eintritts der Bedingung zum Schadensersatz verpflichtet. (§ 160 Abs. 1 BGB.) Die Wirksamkeit der rechtlichen Verfügungen über den Gegenstand während des Schwebezustandes ist bei obligatorischen und dinglichen Rechtsgeschäften verschieden. Während durch ein obligatorisches, wie es unser Rechtsgeschäft ist, nur die Verpflichtung begründet wird, ein

1) § 52 Abs. 2 BGB.
2) § 1980 Abs. 2 BGB.
3) § 2046 Abs 1 BGB.
4) §§ 916 Abs. 2, 936 ZPO.
5) §§ 1, 66, 168, 103, 3, 96, 54 KO.

Recht,[1] hier das Eigentum zu übertragen, wird durch ein dingliches, im BGB. „Verfügung" genannt, das Recht unmittelbar übertragen. Die bedingte Verfügung nimmt daher dem bedingt Verpflichteten die Möglichkeit über den Gegenstand nochmals zu verfügen.[2]

Es ist jede weitere Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung insofern unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beinträchtigen würde. Dies gilt auch von den Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgen.[3]

Ein obligatorisches Rechtsgeschäft hingegen erzeugt nur Beziehungen von Person zu Person. Diese werden durch das Schicksal des Gegenstandes des Rechtsgeschäfts an sich nicht berührt. Beim Kauf auf Probe kann daher der Verkäufer über den Gegenstand, den zu übertragen er sich verpflichtet hat, anders verfügen. Er macht sich aber, da er dadurch nicht in der Lage ist, zu leisten, schadensersatzpflichtig, und zwar nicht nur dann, wenn er vorsätzlich die Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, sondern auch, wenn er durch sein Verhalten nicht die genügende Sorgfalt bewiesen hat. Der Grad der Sorgfalt bestimmt sich bei jedem bedingten Rechtsgeschäft nach der für das unbedingte von der Rechtsordnung vorgeschriebenen. Beim Kauf auf Probe hat also der Verkäufer jede Fahrlässigkeit zu vertreten[4]

1) Juristisch wird nicht die Sache übertragen, sondern das Eigentum an der Sache.

2) Dieser Satz erfährt durch Abs. 3 des § 161 BGB. eine Einschränkung zu Gunsten des redlichen Dritten.

3) § 161 Abs. 1 BGB.

4) § 276 BGB.

Wir haben in der vorhergehenden Darstellung nur eine aufschiebende Bedingung berücksichtigt. Nach § 160 Abs. 2 BGB. ergibt sich für die auflösende Bedingung die Rechtslage der Parteien analog der bei der aufschiebenden, nur daß hier der ursprünglich aus dem Vertrage Berechtigte zum bedingt Verpflichteten wird.

§ 8.

Die besonderen Rechte und Pflichten der Parteien beim Kauf auf Probe.

a) bei der aufschiebenden Bedingung.

Nach § 495 Abs. 1 BGB. ist der Kauf auf Probe im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen. Wenn also nicht das Gegenteil vereinbart ist oder sich aus den Umständen ergibt, treten die Wirkungen des Kaufvertrages erst mit der Billigung des Käufers ein. Der Verkäufer ist mit Abschluß des Vertrages gebunden, und es liegt nicht mehr in seiner Macht, diese Gebundenheit aufzuheben. Er muß jeden Augenblick gewärtig sein, daß der Käufer die Ware billigt, und dann in der Lage sein, die Leistung so zu bewirken, wie sie bei Abschluß des Vertrages in Aussicht genommen war. Er muß nach allgemeinen Grundsätzen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt auf die Erhaltung der Sache und ihre Behütung vor Schädigung aufwenden. Er trägt ferner die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung des Kaufgegenstandes. Gleichgültig ist dabei, ob der Gegenstand zum Zweck der Untersuchung dem Käufer bereits übergeben ist oder nicht. Denn der Kaufvertrag wird erst durch den

Eintritt der Bedingung vollwirksam, und nur beim unbedingten Kauf geht die Gefahr mit der Übergabe der verkauften Sache auf den Käufer über.[1] Beim Kauf auf Probe geht demnach die Gefahr erst mit der Billigung auf den Käufer über, und nur in dem Falle, wenn der Kaufgegenstand bereits übergeben war, sonst mit der nachfolgenden Übergabe. Der Verkäufer trägt auch bis zu dem Übergang der Gefahr die mit dem Kaufgegenstand verbundenen Lasten. Eine besondere Verpflichtung des Verkäufers wird beim Kauf auf Probe durch § 495 Abs. 2 bestimmt:

„Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Kaufgegenstandes zu gestatten".

Damit der Käufer in der Lage ist, den Gegenstand zu prüfen und sich ein Urteil bilden zu können, muß ihm der Verkäufer durch Gestattung der Untersuchung Gelegenheit dazu bieten. Nach der Verkehrssitte und nach den besonderen Umständen des Falles wird es zu beurteilen sein, ob der Verkäufer zu diesem Zweck verpflichtet ist, die Sache zu übergeben, also eine Handlung seinerseits erforderlich ist, oder nur ein Dulden, ein passives Verhalten.[2] Hierbei wird in Betracht kommen, ob der Käufer und Verkäufer verschiedene Wohnsitze haben, auch die Entfernung derselben wird berücksichtigt werden müssen.[3]

1) § 446 BGB.

2) cf. Bechmann. Kauf, Bd. II S. 241.

3) z. B. wird ein Anzug an den Käufer übersandt werden müssen. Dagegen wird bei einer großen Maschine der Käufer verpflichtet sein, die Besichtigung am Wohnsitz des Verkäufers vorzunehmen, da der Transport in diesem Falle sehr schwierig ist und dem Verkäufer nicht zugemutet werden kann, die Gefahr desselben zu übernehmen, zumal bei Nichtbilligung der Rücktransport notwendig ist.

Der Inhalt der Untersuchung richtet sich nach dem betreffenden Kaufobjekt. Bei Gebrauchsgegenständen muß der Verkäufer eine Ingebrauchnahme gestatten, die zur Erkennung ihrer Tauglichkeit nötig ist; bei Verbrauchsgegenständen wird er einen teilweisen Verbrauch zubilligen müssen.

Was die Kosten der Übersendung anlangt, so werden die Parteien wegen derselben meistens vorher eine Vereinbarung treffen, besonders wenn diese erheblich sind. Ist keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen, dann entscheidet im einzelnen Fall die Intention der Parteien.[1] Im Zweifel fallen die Transportkosten dem Käufer zur Last.[2] Denn es liegt, wie Staub ausführt, kein Anlaß vor, weshalb man die Kosten derjenigen Probe, die der Käufer sich vertragsmäßig ausbedungen hat, um in seinem Interesse sich schlüssig zu machen, ob er die Ware behalten wolle, dem Verkäufer auferlegen sollte. Diese Ansicht entspricht auch einer gesunden Verkehrsauffassung; denn die Transportkosten sind bisweilen so groß als der Wert des Kaufgegenstandes,[3] und der Verkäufer würde einen Vertrag unter solchen Bedingungen nie abschließen.

Weil der Verkäufer bis zur Billigung des Kaufgegenstandes noch Eigentümer desselben ist, so gebühren ihm auch dessen Nutzungen. Wenn die Kaufsache nicht übergeben ist, so hat der Käufer keinerlei Anspruch auf irgend einen Vorteil, den die Sache ihrer Natur nach oder zufällig gewährt. Hat der Käufer dagegen die

1) S. E. d. ROHG. Bd. 24 S. 48.

2) Analog den Bestimmungen über die Erfüllung des Kaufvertrages. §§ 448, 269 BGB.

3) Dies kann durch Verzollung möglich sein.

Kaufsache zur Probe oder Besichtigung im Besitz, so kann er sie, soweit es die Probe oder Besichtigung erfordert, benutzen, und der Verkäufer kann im Falle der Mißbilligung eine Erstattung dieser Vorteile nicht beanspruchen. Alle sonstigen Nutzungen stehen dem Verkäufer zu. Diese umfassen nach § 100 BGB. die Früchte, sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache gewährt. Früchte einer Sache sind die Erzeugnisse der Sache und die sonstige Ausbeute, welche aus ihr ihrer Bestimmung gemäß gewonnen werden, sowie die Erträge, welche die Sache vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt.[1] Unter Vorteilen, welche der Gebrauch der Sache gewährt, sind diejenigen zu verstehen, die in dem Gebrauch selbst bestehen, z. B. in der Benutzung von Möbeln, Kleidungsstücken, Tieren.[2]

Hiernach sind als Nutzungen der Sache nicht anzusehen die Vorteile, bei denen die Sache nur äußerer Anlaß ist. So gehören nicht zu den Nutzungen und gebühren daher nicht dem Verkäufer die Hälfte des in einem Grundstück gefundenen Schatzes, der Renngewinn eines Pferdes, das nicht als Rennpferd verkauft ist [3] Bei manchen Gegenständen muß man unterscheiden, ob der Gewinn vornehmlich durch sie oder durch die Person, welche sie benutzt, erzielt ist. So wird den Renngewinn bei einem Radfahrer nicht unter den Nutzungen des

4) § 99 BGB. Früchte eines Rechtes sind analog die Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung gemäß gewährt.

2) Nicht dahin gehören die Vorteile, die durch den Gebrauch herbeigeführt werden. Diese fallen entweder unter die Früchte, oder sie gehören garnicht zu den Nutzungen. (s. weiter den Text.)

3) Dagegen fällt der Renngewinn eines Rennpferdes unter die Früchte gemäß § 99 Abs. 3. vgl. Crome, System des Deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II § 144 Note 8 und 11.

Rades fallen, dagegen dürfte dies z. B. bei einem Automobil der Fall sein. Welche Bedeutung die Benutzung des Kaufgegenstandes über den Rahmen des Probegebrauchs hat, wird weiter unten behandelt werden.

Von der größten Bedeutung ist das Recht des Verkäufers, dem Zustand der Ungewißheit bezüglich der Entscheidung ein Ende zu machen, indem er dem Käufer eine angemessene Frist setzen kann, binnen welcher er die Billigung oder Mißbilligung erklären muß.[1] Die Frist kann auch bei Kaufabschluß ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein. Im letzteren Falle gilt die nach Ortsgebrauch übliche Frist. Ein solcher Ortsgebrauch wird vielfach im Handelsverkehr vorkommen.[2] Wenn aber eine Frist aus dem Vertrage selbst nicht hergeleitet werden kann, dann hat der Verkäufer nach § 496 BGB. das Recht, dem Käufer eine Frist zu bestimmen. Diese Frist muß so bemessen sein, daß der Käufer in der Lage ist die notwendige Untersuchung des Kaufgegenstandes vorzunehmen. Bestreitet der Käufer die Angemessenheit der Frist, so entscheidet im Prozeßfalle das richterliche Ermessen, ob in dem einzelnen Fall die Frist genügend war. Bemängelt der Käufer die Frist nicht sofort, nachdem sie ihm gesetzt ist, so ist anzunehmen, daß er mit ihr einverstanden ist, und er kann sich nicht später darauf berufen, daß sie

1) Im gemeinen Recht war bestritten, ob der Verkäufer das Recht der Fristbestimmung hatte. (s. Windscheid a. a. O. II § 387 Note 13.) Nach Pr. Landrecht konnte nur durch den Richter eine Frist bestimmt werden. (I 11 § 337.) Die im BGB. enthaltene Vorschrift hatte bereits das ADHGB. aufgenommen. (Art. 339 Abs. 3.)

2) Ist eine Frist verabredet oder eine solche ortsgebräuchlich, so kann der Käufer keine Fristverlängerung beanspruchen, auch wenn die Vornahme einer eingehenden Prüfung während dieser Zeit unmöglich war. vgl. von Hahn a. a. O. S. 248.

zur Untersuchung der Kaufsache nicht ausreichend gewesen ist.

Die Fristsetzung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.[1] Eine Form ist nicht vorgeschrieben. Sie kann daher ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. So ist eine Fristsetzung auch in der Aufforderung die Kaufsache zurückzusenden zu erblicken[2], wenn in dem betreffenden Fall bereits eine angemessene Frist zur Untersuchung verstrichen ist. Diese Aufforderung zur Rückgabe der Sache kann auch mit einer Klage ergehen. Macht der Verkäufer von seinem Recht, eine Frist zu bestimmen, nach Ablauf einer angemessenen Frist keinen Gebrauch, so ist der Käufer seinerseits nicht verpflichtet, die Sache zurückzusenden, selbst wenn er sich bereits entschlossen hat, sie nicht zu behalten. Auch kann der Verkäufer nicht Ersatz für die Benutzung der Sache verlangen, die nicht mehr zur Probe notwendig war. Denn in der Nichtausübung seines Rechts die Entscheidnng herbeizuführen liegt ein Verzicht auf die ihm eventuell zukommenden Gebrauchsvorteile der Sache.

Den Rechten und Pflichten des Verkäufers entspricht die Rechtsstellung des Käufers. Der Käufer ist nach dem Abschluß des Kaufvertrages aus diesem noch garnicht gebunden. Er hat nur die Verpflichtung später eine Entscheidung abzugeben, ob er den Kaufgegenstand billige oder nicht, und muß hierzu die vereinbarte oder ihm vom Verkäufer gesetzte Frist innehalten. Ist ihm die Sache zur Probe oder Besichtigung übergeben, so hat

1) Dies ist kein Widerspruch zu dem vorhin Gesagten. Dort unterliegt nur die Angemessenheit der Frist der Parteivereinbarung.

2) cf. von Hahn a. a. O. S. 250.

er nach allgemeinen Grundsätzen die Pflicht, auf die Erhaltung der Sache die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufzuwenden. Er muß nämlich damit rechnen, daß er dem Verkäufer im Falle der Nichtbilligung die Kaufsache zurückgeben muß, und dieses durch die Übergabe der Sache begründete Schuldverhältnis macht ihn zum Schuldner des Verkäufers. Als solcher hat er aber nach § 276 BGB. Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten. Den durch seine Schuld entstehenden Schaden muß er dem Verkäufer ersetzen.[1]

Der Käufer ist berechtigt, den zum Zweck der Untersuchung ihm übergebenen Kaufgegenstand in Gebrauch zu nehmen, um seine Tauglichkeit zu erproben. Den ihm dadurch entstehenden Nutzen braucht er dem Verkäufer im Falle der Mißbilligung nicht zu erstatten.[2] Bei verbrauchbaren Sachen kann er einen Teil derselben verbrauchen. Wie weit im einzelnen Fall die Erprobung geht, bestimmt sich nach den Anschauungen des Verkehrs. Bisweilen wird eine solche Änderung der Kaufsache durch die Probe herbeigeführt, daß es dem Verkäufer unmöglich wird, dieselbe in gleicher oder nur unwesentlich veränderter Gestalt weiter zu verkaufen. So ist nach dem in Buschs Archiv Nr. 157 mitgeteilten Urteil der Käufer für berechtigt gehalten, bei Käsewaren die Laibe aufzuschneiden, da dieses zur Sicherheit der Untersuchung des inneren Zustandes notwendig sei. Andrerseits kann der Käufer nicht Ersatz der gewöhnlichen Unterhaltskosten beanspruchen, z. B. bei einem Pferde, Jagdhunde. Dies

1) § 280 BGB.
2) E. in Busch's Archiv Bd. 29 S. 368.

ergibt sich auch aus dem Gesichtspunkt, daß die Probe in seinem Interesse liegt.

Damit der Verkäufer den Eintritt der Billigung durch Vorenthaltung der Untersuchung nicht vereiteln kann, ist dem Käufer das Recht gegeben, die Untersuchung der Sache zu verlangen. Er kann bei Weigerung des Verkäufers auf Gestattung der Untersuchung klagen. Der Anspruch ist nach § 888 CPO. vollstreckbar.

Billigt der Käufer den ihm übergebenen Gegenstand nicht, so ist er aus den im vorigen Paragraphen entwickelten Gründen im Zweifel verpflichtet, diesen auf eigene Kosten dem Verkäufer zurückzusenden.

b) bei der auflösenden Bedingung.

Das gemeine Recht enthielt keine Bestimmung darüber, ob der Kauf auf Probe als unter der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung der Billigung abgeschlossen gelten sollte. Im preußischen Landrecht wurde als geltend angenommen, daß im Zweifel der Kauf auf Probe als unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen angesehen wurde.[1] Das BGB. hat ebenso wie das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch in Art. 339 den Satz aufgenommen, daß im Zweifel der Kauf auf Probe unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen ist. Es kann aber entweder ausdrücklich vereinbart sein, daß die Mißbilligung auflösend wirkt, oder die entgegenstehende Ansicht der Parteien ergibt sich auch aus den sonstigen Vertragsbestimmungen. Aus der bloßen Übergabe des Verkaufsgegenstandes ist

1) s. Eccius Pr. Privatrecht II § 124 No. 16.

allerdings auf eine auflösende Bedingung nicht zu schließen, da dies im § 496 BGB. auch bei der aufschiebenden Bedingung, die das Gesetz allein regelt, vorgesehen ist. Wenn aber vereinbart ist, daß der Käufer die übergebene Sache nicht nur zum Zweck der Prüfung, sondern auch in weiterem Umfange benutzen darf, so ist ein auflösend bedingter Kauf anzunehmen. Ein weiteres Merkmal wird es sein, wenn der Kaufpreis sofort bezahlt wird oder der Käufer die Lasten des Kaufgegenstandes gleich nach dem Kaufabschluß übernimmt.[1]

Die rechtliche Lage der Parteien beim Kauf auf Probe unter auflösender Bedingung ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 158 ff. BGB. über die auflösende Bedingung. Die Ansprüche aus dem Kauf entstehen sofort. Der Käufer kann die Lieferung des Kaufgegenstandes verlangen, der Verkäufer den Kaufpreis. Der Käufer wird mit der Übergabe der Kaufsache Eigentümer derselben. Als solchem gebühren ihm sowohl die Nutzungen, als auch trägt er die Lasten. Mit der Übergabe der Sache geht auch die Gefahr über. Wenn der Käufer innerhalb der festgesetzten Frist billigt, dann wird dadurch das durch den Kaufabschluß hergestellte Rechtsverhältnis bestätigt. Erklärt er dagegen seine Mißbilligung, dann hören mit diesem Zeitpunkt die Rechtswirkungen von selbst auf.[2] War das Eigentum bereits auf den Käufer übergegangen, so fällt es an den Verkäufer zurück. Es entsteht nicht bloß eine persönliche Forderung auf Rückübertragung, doch kann auch dieses natürlich von den Parteien beabsichtigt sein.

1) vgl. von Hahn a. a. O. Bd. II S. 246.
2) § 158 II BGB.

III. Abschnitt.

Die Entscheidung beim Kauf auf Probe.

Begriff und Wesen der Billigung.

§ 9.

Die Entscheidung beim Kauf auf Probe ist die Erklärung des Käufers, daß er billige oder nicht billige. Billigung ist eine Willenserklärung, die die Entscheidung im bejahenden Sinne zum Ausdruck bringt. Sie steht vollkommen im Belieben des Käufers. Es kommt in keiner Weise darauf an, ob die Sache an sich gut ist, auch nicht, ob sie dem Käufer tatsächlich gefällt, sondern lediglich auf seine Entscheidung, die als Billigung oder Mißbilligung zum Ausdruck kommt. Es liegt daher auch keine Billigung vor, wenn z. B. der Käufer dem Verkäufer schreibt: „Ihre Ware gefällt mir zwar, aber ich kann sie aus diesem oder jenem Grunde nicht gebrauchen." [1]

Die Billigung kann nicht unter einer Bedingung erklärt werden. Behält sich der Käufer daher vor, daß er genehmige, wenn der Verkäufer ihm die Ware billiger lasse oder ihm günstigere Zahlungsbedingungen einräume oder ihm eine neue Überlegungsfrist gewähre, so liegt

1) cf. Leonhard a. a. O. S. 184.

eine Mißbilligung vor mit einem Angebot zu einem neuen Kauf auf Probe.[1]

Für die Form der Billigung ist im Gesetz keine Vorschrift gegeben. Die Motive[2] betonen, die Erklärung des Käufers, daß er billige, sei eine rechtsgeschäftliche, und demgemäß fänden die allgemeinen Grundsätze über rechtsgeschäftliche Erklärungen Anwendung. Hieraus ergebe sich, daß die Billigung auch stillschweigend erklärt werden könne.

Die Willenserklärungen, das sind rechtlich bedeutsame Handlungen, werden eingeteilt in einseitige und zweiseitige, je nachdem nur der Wille eines oder mehrerer zu ihrer Entstehung nötig ist. Hiernach ist es klar, daß die Billigung eine einseitige Willenserklärung ist, denn es kommt bei ihr lediglich auf den Willen des Käufers an; ob der Verkäufer damit einverstanden ist oder nicht, ist gleichgültig.

Bei den einseitigen Willenserklärungen unterscheidet man solche, die einem andern gegenüber abzugeben sind, sogenannte empfangsbedürftige, und solche, bei denen dies Erfordernis nicht vorliegt, die allein dadurch, daß sie abgegeben werden, Rechtswirkungen erzeugen. Es ist nun von der größten praktischen Bedeutung, ob man bei der Billigung beim Kauf auf Probe das Erfordernis der Empfangsbedürftigkeit bejaht oder verneint, da im ersteren Falle sich Rechtswirkungen an dieselbe knüpfen, erst wenn sie dem andern Teil zugeht, im letztern dagegen schon ohne dies. Dieser Frage ist in der Literatur noch wenig Beachtung geschenkt worden. Die meisten begnügen sich

1) von Hahn a. a. O. S. 247.
2) Mugdan, Materialien, Bd. II S. 187.

mit einem Hinweis darauf, daß die Billigung eine einseitige Willenserklärung ist, ohne zu entscheiden, ob sie nun empfangsbedürftig ist oder nicht. Nur wenige geben eine genauere Erklärung. Gareis[1] und Dertmann[2] sind der Ansicht, daß die Billigung in jedem Falle empfangsbedürftig ist. Dagegen führt Crome[3] aus, daß die Erklärung der Billigung nicht notwendig von dem Verkäufer empfangen werden muß.

Der Begriff der empfangsbedürftigen Willenserklärung ist aus dem § 130 BGB. entnommen. Dieser bestimmt, daß eine Willenserklärung, die einem andern gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam wird, in welchem sie ihm zugeht. Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind hiernach solche, „die an einen andern gerichtet sind und die von ihm empfangen sein müssen." „Wann eine Willenserklärung von dem andern empfangen oder ihm zugegangen ist, hängt davon ab, ob er von dem Absender in die Lage versetzt war, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, und zwar so, daß ihm nach der Verkehrsauffassung auch die Kenntnisnahme zugemutet werden konnte." [4]

Prüfen wir nach dieser Feststellung des Begriffs der empfangsbedürftigen Willenserklärung, ob die Billigung

1) Kommentar z. BGB. Allgemeiner Teil S. 109.

2) Kommentar z. BGB. Recht der Schuldverhältnisse S. 216.

3) a. a. O. Bd. II S. 487. Allerdings ist nicht recht klar weshalb dies der Fall sein soll. Crome sagt: „Hieraus (daß das Schweigen als Billigung bzw. Mißbilligung gilt) ergibt sich, daß die Erklärung der Billigung oder Mißbilligung auch indirekt geschehen kann, also nicht notwendig vom Verkäufer empfangen werden muß." Nach Crome § 88 des Bd. I S. 391, kann aber die empfangsbedürftige Willenserklärung durch direkte und indirekte Erklärungen geschehen.

4) Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. I S. 183 186.

beim Kauf auf Probe stets eine solche ist, wie Gareis und Oertmann annehmen. Wenn man sich vergegenwärtigt, daß durch die Billigung der Kaufvertrag aus einem bedingten zu einem unbedingten, aus einem unfertigen zu einem vollgültigen wird und die Billigung vollkommen im Belieben des Käufers steht, so kann man diese auch als definitive Annahme einer Vertragsofferte auffassen, was sie aber, wie wir oben gesehen haben, in Wirklichkeit nicht ist. Die Annahme einer Vertragsofferte ist nun im allgemeinen eine empfangsbedürftige Willenserklärung. § 151 BGB. sanktioniert aber auch eine Annahme, die nicht empfangen werden muß. Er bestimmt: „Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zu stande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragende auf sie verzichtet hat."

Der Grund für die Nichtempfangsbedürftigkeit der Annahme in diesem Falle liegt darin, daß aus dem Verhalten des Oblaten nach der Verkehrsauffassung auf den Annahmewillen geschlossen werden muß, ohne daß dieser erklärt wird. Ein solches Verhalten des Oblaten ist nur dann möglich, wenn er in der Lage ist, derart in die Rechtssphäre des Antragenden einzuwirken, daß dies im gegebenen Fall nur aus der Annahme der Vertragsofferte erklärt werden kann. Bei einem Vertrage, der die Übertragung eines Gegenstandes bezweckt, konzentriert sich die Rechtssphäre des Antragenden in dem Gegenstand. Demnach wird eine nicht empfangsbedürftige Annahme bei einem solchen Vertrage in der Regel nur dann möglich sein, wenn der Vertragsgegner die tatsächliche Gewalt

über den Gegenstand hat und so auf ihn einwirken kann. Ferner muß nach § 151 BGB. noch hinzukommen, daß nach der Verkehrssitte eine Erklärung des Empfängers nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat Im I. Entwurf § 86 Abs. 2 wird eine Verkehrssitte, daß die Erklärung nicht zu erwarten ist, dann angenommen, wenn die zum Verkauf angebotenen Waren sofort mit dem Antrag übersandt werden. Der Verzicht des Antragenden kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wobei im letztern Falle wieder die Verkehrssitte maßgebend ist.[1] Ein ausdrücklicher Verzicht liegt z. B. in der Erklärung, daß der Antragende die Genehmigung des Vertragsgegners annehme, wenn dieser innerhalb einer bestimmten Zeit nicht seinen entgegengesetzten Willen zum Ausdruck bringe. Ein solcher Verzicht ist nun naturgemäß auch dann anzunehmen, wenn nach gesetzlicher Vorschrift das Schweigen innerhalb einer bestimmten Frist als Zustimmung gelten solle. Dies ist beim Kauf auf Probe der Fall, wenn die Kaufsache übergeben ist. Die Genehmigung gilt aber dann nicht erst als im Endpunkt der vereinbarten Frist erfolgt, sondern bereits im Augenblick der Annahmebetätigung. Denn es wäre widersinnig, z. B. bei einer zehntägigen Frist das Zustandekommen des Vertrages erst nach Ablauf der 10 Tage anzunehmen, wenn der Empfänger die Sache bereits am zweiten Tage verbraucht hat.

Wenden wir dies auf den Kauf auf Probe an, so ergibt sich das Resultat:

Wenn der Kaufgegenstand nicht übergeben ist, so

1) cf. Planck, Kommentar § 151 Anm. 2. Fischer-Henle, BGB. § 151 Anm. 2.

muß die Billigung dem Verkäufer gegenüber erklärt werden. Ist der Kaufgegenstand übergeben, so kann die Billigung auch durch eine nicht empfangsbedürftige Betätigung des Billigungswillens erfolgen.

Zu demselben Ergebnis führt auch folgende Erwägung:

In der Theorie und Praxis ist anerkannt, daß der Käufer als billigend gilt, wenn er das Kaufobjekt ganz oder über den Probeverbrauch hinaus verbraucht oder wenn er sonstige typische Eigentümerhandlungen mit dem Gegenstand vornimmt. Nimmt man nun an, daß die Billigung stets eine empfangsbedürftige Willenserklärung ist, so müßte der Umstand, daß der Käufer den Gegenstand verbraucht oder über ihn verfügt hat, z. B. daß er in einem Buch bereits eine Widmung eingetragen hat, noch zur Kenntnis des Verkäufers kommen oder vielmehr ihm „zugehen", damit der Kauf perfekt wird. Ändert nun der Käufer seinen Willen dahin, das Buch, in dem er die Widmung eingetragen hat, nicht zu behalten und teilt er dem Verkäufer dieses mit, so müßte man, da die Tatsache der Eintragung der Widmung erst später nach Rückgabe des Buchs zur Kenntnis des Verkäufers gelangt, in der Mitteilung einen Widerruf der anfänglichen Billigung erblicken, der nach § 130 Abs. 1 BGB. rechtzeitig wäre. Diese Konsequenz wird aber nie gezogen, vielmehr muß der Käufer die Eigentümerbetätigung als Billigung gegen sich gelten lassen, und zwar von dem Zeitpunkte an, in dem sie erfolgt ist.[1]

1) vgl. Staub a. a. O. S. 1399. Bechmann, Kauf Bd. II S. 243. Lehmann-Ring, HGB. Bd. II S 192. Der im Text vertretenen Ansicht scheint auch Windscheid-Kipp zu sein. Vgl. Bd., II S. 595: „Wenn aber der Käufer mit der Sache so gehandelt hat wie er mit ihr nach Treu und Glauben nur handeln konnte, wenn er sie billigen wollte, so muß die Billigung als erklärt gelten, kann also nicht mehr verweigert werden."

Die Form der Billigung.

§ 10.

Für die Form der Billigung enthält das Gesetz, wie schon hervorgehoben wurde, keine Vorschriften. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden. Der Begriff der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung ist sehr bestritten. Manche [1] verwerfen diese Unterscheidung ganz. Wenn wir hier der allgemeinen Einteilung folgen, so wird man der Auffassung des Lebens wohl am besten gerecht, wenn man als ausdrückliche Willenserklärung diejenige ansieht, die den Willen des Erklärenden am unzweideutigsten zum Ausdruck bringt.[2] Als Erklärungsmittel kommen hier in Betracht Sprache und Schrift und bei Willenserklärungen unter Anwesenden noch solche, die dem gesprochenen Wort als gleichbedeutend angesehen werden, z. B. Nicken, Schütteln des Kopfes als Zeichen der Zustimmung oder Ablehnung, Handschlag oder ähnliche vom Verkehr mit einer bestimmten Bedeutung ausgestatteten Körperbewegungen. Unter stillschweigenden Willenserklärungen, bei denen keineswegs das Schweigen als unterscheidendes Merkmal anzusehen ist, sind dann solche zu verstehen, die eine direkte Erklärung gewissermaßen umschreiben z. B. wenn jemand auf die Aufforderung sich zu äußern, ob er kaufe oder nicht, den Auffordernden anweist, ihm den Gegenstand zu schicken, und alle Handlungen, die unmittelbar einen andern Zweck haben als den betreffenden rechtsgeschäftlichen Willen zum Ausdruck zu bringen, die aber nur daraus zu erklären sind, entweder notwendig

1) Crome a. a. O. Bd. I S. 381.
2) Endemann, Lehrbuch, Bd I S. 268.

oder doch nach der Verkehrsauffassung, daß der Handelnde den Geschäftswillen bereits hat. Darunter ist zu rechnen die Zahlung des Kaufpreises seitens des Käufers ohne Vorbehalt, die Aufforderung, die Kaufsache zuzusenden, der Verbrauch der Kaufsache oder Verfügung über dieselbe.

Prüfen wir nun, wie der Käufer beim Kauf auf Probe die Billigung erklären kann, so betrachten wir zunächst den Fall, daß der Kaufgegenstand noch nicht übergeben ist. Hier ist, wie wir gesehen haben, die Erklärung eine empfangsbedürftige. Gibt der Käufer sie in Gegenwart des Verkäufers ab, so gilt sie als erfolgt, wenn er sie in einer diesem wahrnehmbaren Weise zum Ausdruck gebracht hat, und zwar entweder ausdrücklich oder stillschweigend. Unter Abwesenden wird der Regelfall der sein, daß der Käufer entweder durch einen Vertreter oder schriftlich die Billigung erklärt. Erfolgt die Erklärung durch einen Vertreter, so kommen die allgemeinen Vorschriften der § 164 ff BGB. zur Anwendung Die Erklärung wird in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem der Vertreter sie dem Verkäufer übermittelt. Ihre Wirksamkeit tritt nach § 174 BGB. nicht ein, wenn der Vertreter eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der Verkäufer aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist.

In den meisten Fällen wird die Billigung durch schriftliche Mitteilung erklärt werden, wie überhaupt besonders im Handelsverkehr beim Abschluß von Rechtsgeschäften die Schriftform vorherrscht. Als stillschweigende Billigungserklärung wird hier in Betracht kommen die Aufforderung des Käufers, ihm die Sache zuzusenden oder die Übermittelung des Kaufpreises.

Erfolgt die billigende Erklärung nicht innerhalb der vereinbarten oder vom Verkäufer festgesetzten Zeit, so gilt sie als verweigert. Die Bedingung ist dann nicht eingetreten.

Ist die Sache dem Käufer übergeben, so kann die Billigung auf dieselbe Weise durch empfangsbedürftige Erklärung erfolgen, wie wenn die Übergabe noch nicht stattgefunden hat. Sie kann aber auch durch nicht empfangsbedürftige Willensbetätigung geschehen.[1] Als solche sind rechtliche und tatsächliche Verfügungen über den Kaufgegenstand anzusehen, aus welchen nach der Auffassung des Verkehrs der Wille des Käufers geschlossen werden muß, die Sache zu behalten. Hierhin sind zu rechnen die Veräußerung, Verpfändung und Bestellung von Servituten. Auch ist mit Bechmann[2] anzunehmen, daß die Übernahme obligatorischer Verpflichtungen gegenüber dritten inbezug auf den Kaufgegenstand als Billigung gelten muß, so der Weiterverkauf der Sache. Die tatsächlichen Verfügungen über das Kaufobjekt, die als Billigung anzusehen sind, sind alle, welche über den vereinbarten oder angemessenen Probegebrauch der Sache hinausgehen. Wieweit der angemessene Probegebrauch

1) Dieser Auffassung steht nicht entgegen, daß eine Erklärung des Käufers gegenüber einem Dritten, die Sache gefalle ihm, er wolle sie behalten, unverbindlich ist. Denn hierin liegt nicht — und nur dann kann man von einer Empfangsbedürftigkeit der Erklärung absehen — ein derartiges Einwirken auf die Rechtssphäre des Verkäufers, daß man diese Äußerung nur aus dem Willen, die Sache käuflich behalten zu wollen erklären kann; vielmehr entspricht es der Auffassung des Lebens, daß man derartigen Bemerkungen an Unbeteiligte überhaupt keinen rechtsgeschäftlichen Charakter beilegt. cf. Lehmann-Ring a. a. O. S. 192.

1) Kauf Bd. II S. 243.

geht, bestimmt sich im einzelnen Fall nach der Verkehrsauffassung.

Im allgemeinen kann die Erklärung des Käufers nur dann als Billigung gelten, wenn er die Absicht zu billigen hatte. Lag bei ihm diese Absicht nicht vor, hat er die Erklärung etwa aus Irrtum abgegeben, so kann er sie nach Maßgabe des § 119 BGB. anfechten. Dasselbe gilt auch bei einer irrtümlichen Verfügung über die Sache. Fraglich kann es aber sein, ob nicht der Käufer eine schuldhafte Ingebrauchnahme der Sache oder die Zerstörung derselben als Billigung gegen sich gelten lassen muß, selbst wenn er die Absicht die Sache zu behalten nicht hat.

Der Käufer ist nach allgemeinen Grundsätzen verpflichtet, die ihm übergebene Sache unter Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt aufzubewahren. Tut er das nicht, so macht er sich schadensersatzpflichtig. Wenn man nun bei fahrlässiger Beschädigung dem Käufer auch das Recht zubilligen wird, trotzdem die Billigung verweigern zu dürfen, so kann man m. E. ihm diese Befugnis nicht zugestehen, falls er die Sache vorsätzlich verbraucht oder zerstört.

Zur Erläuterung diene folgendes Beispiel:

Der Käufer verbraucht von einem auf Probe gekauften Faß Wein von 100 l — 10 l und gibt dann das Faß mit der Erklärung zurück, er wolle es nicht behalten. Hier kann zweierlei möglich sein. Der Käufer wollte den Wein behalten und begann ihn zu verbrauchen. Der Billigungswille war vorhanden. Dann aber änderte er seinen Entschluß, da er eine andere Sendung Wein erhielt oder weil der Wein ihm nicht mehr gefiel, und er

erklärt nun, den Wein nicht zu behalten. In diesem Falle ist nach der allgemeinen Ansicht die Billigung durch den Verbrauch der 10 l erfolgt, er kann den Wein nicht zurückgeben.

Wenn er nun — das ist die zweite Möglichkeit —, in strafbarer Absicht die 10 l verbraucht hat, etwa weil er glaubte, der Verkäufer würde es nicht merken, sollte er da nur genötigt sein, die 10 l zu ersetzen und berechtigt sein, den übrigen Wein wieder zurückzugeben? Ich meine, im Interesse der Verkehrssicherheit muß in einem solchen Falle der vorsätzliche Verbrauch oder die vorsätzliche Beschädigung als Billigung gelten.[1] Es ist auch vielfach garnicht möglich, dem Käufer nachzuweisen, ob er den Willen zu billigen oder die Sache widerrechtlich zu benutzen gehabt habe. Dann würde dieser aber aus seinem dolus Nutzen ziehen können, da es für ihn häufig von Interesse sein kann, eine Ware, die er bereits angebraucht hat, wieder zurückzugeben. Deshalb ist auch die in den Motiven[2] angegebene Vorschrift des bayerischen Entwurfs, daß an die Tatsache der Beschädigung des Kaufgegenstandes durch den Käufer das Präjudiz der Genehmigung geknüpft werde, durchaus nicht so ungerechtfertigt, wie die Motive ausführen. Denn in der Praxis dürften sich viele Fälle ergeben, bei denen die Entscheidung im Sinne der genannten Bestimmung, wenn auch nicht auf grund positiver Gesetzesvorschrift, so doch aus Billigkeitsrücksichten getroffen werden müßte.

---

1) Vgl. bei Windscheid-Kipp, Bd. II S. 595, die bereits S. 48 citierte Stelle, aus der dasselbe zu entnehmen sein dürfte.

2) In Mugdans Materialien Bd. II S. 187.

Gibt der Käufer bei übergebener Kaufsache während der vereinbarten oder ihm vom Verkäufer gesetzten Frist überhaupt keine Erklärung ab, weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende, so gilt er nach der Vorschrift des § 496 BGB. als billigend. Dies ist nicht nur eine gesetzliche Auslegungsregel, gegen die der Gegenbeweis zulässig wäre, sondern das Gesetz knüpft die Wirkung an die bloße Tatsache des Schweigens ohne Rücksicht auf den Grund des Schweigens.[1] Es kommt also nicht darauf an, ob der Käufer bewußt und mit dem Willen geschwiegen hat, daß sein Schweigen als Billigung gelten solle. Wenn er das Rechtsgeschäft vergessen hat, oder durch Krankheit verhindert gewesen ist, eine Erklärung abzugeben, so muß er doch die gesetzliche Bedeutung des Schweigens gegen sich gelten lassen. Denn es handelt sich hier, wie Bechmann[2] hervorhebt, um „die gesetzliche Wirkung eines objektiven Tatbestandes."[3]

Dem Schweigen kann aber nur dann die Bedeutung der Billigung beigelegt werden, wenn die Sache dem Käufer „zum Zweck der Probe oder Besichtigung" übergeben ist.[4] Wenn also der Käufer aus einem anderen Rechtsgrunde, z. B. aus Miete oder Verwahrung, zum Besitz der Sache berechtigt ist, und er die Billigung nicht erklärt, dann gilt sein Schweigen als Mißbilligung.[5]

---

1) cf. Bechmann a. a. O. Bd. II S. 250.

2) A. a. O. Bd. II S. 251.

3) A. M. von Hahn, a. a. O. Bd. II S. 254.

4) § 496 BGB.

5) cf. von Hahn a. a. O. Bd. II S. 251; Goldschmidt, Zeitschrift Bd. 38 S. 199.

§ 11.

Zeitpunkt der Billigung.

Für die Frage, in welchem Zeitpunkt die Billigung bezw. Mißbilligung erfolgen muß, damit sie als solche angesehen werden kann, ergeben sich folgende Unterscheidungen.

Der § 496 BGB. bestimmt, daß die Billigung nur innerhalb der vereinbarten Frist und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf der vom Verkäufer festgesetzten Frist erklärt werden kann. Ist der Kaufgegenstand nicht übergeben, so ist nach unserer vorhin entwickelten Ansicht die Erklärung stets eine empfangsbedürftige. Als solche wird sie erst in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Verkäufer zugeht, vorher ist sie nicht vollendet. Daraus ergibt sich, daß die Billigung vom Käufer so rechtzeitig erklärt werden muß, daß sie innerhalb der bestimmten Frist dem Verkäufer zugeht. Ferner folgt daraus, daß die rechtzeitig abgesandte Erklärung des Käufers, wenn sie dem Verkäufer verspätet oder garnicht zugeht, unwirksam ist und demnach der Käufer die Gefahr des Zugehens seiner Erklärung trägt. [1]

Wenn die Sache dem Käufer übergeben ist, so gilt er als billigend, wenn er bis zum Ablauf der Frist schweigt. Gibt er demnach innerhalb der Frist die mißbilligende Erklärung ab, so ist sie rechtzeitig erfolgt, ob sie nun dem Verkäufer verspätet oder garnicht zugeht. [2] Dies steht nicht im Widerspruch damit, daß die miß-

1) Ebenso Cosack, Lehrbuch Bd. I S. 553; von Hahn a. a. O. Bd. II S. 249; a. M. Bechmann a. a. O. Bd. II S. 443.

2) Ebenso von Hahn a. a. O. S. 254; E. in Seufferts Archiv Bd. 44 S. 60.

billigende Erklärung empfangsbedürftig ist. Denn sobald schon der Käufer die mißbilligende Erklärung absendet, dann bricht er das Schweigen und kann nicht mehr als billigend gelten. Es könnte befremdend erscheinen, weshalb denn nicht auch, wenn das Kaufobjekt nicht übergeben ist, das Absenden der Billigungserklärung die Bedeutung des Schweigens als Mißbilligung ausschließt. Demgegenüber ist aber zu bemerken, daß im Gesetz für diesen Fall dem Schweigen des Käufers innerhalb der Frist keine selbständige Bedeutung beigelegt ist. Es bestimmt nur, daß die Billigungserklärung innerhalb der festgesetzten Frist erfolgen muß. Wenn daher die Erklärung nicht erfolgt, d. h. dem Verkäufer nicht zugeht, ist sie eben als verweigert anzusehen. Dagegen hat das Schweigen des Käufers sei übergebener Kaufsache selbstständig nach ausdrücklicher Vorschrift die Bedeutung der Billigung.

V. Abschnitt.

Die Rechtslage nach der Entscheidung.

§ 12.

Im Falle der Billigung.

Ist die Billigung erfolgt, dann ist die Bedingung, unter die der Kaufvertrag gestellt war, erfüllt. Es treten nun die Wirkungen des gewöhnlichen unbedingten Kaufvertrages ein. War die Kaufsache nicht übergeben, dann kann der Käufer die Lieferung derselben auf Grund des perfekten Kaufvertrages verlangen. Der Verkäufer ist berechtigt, die Zahlung des Kaufpreises zu fordern. Die Lage der Parteien ist genau so, wie wenn der Kaufvertrag erst im Zeitpunkt der Billigung geschlossen wäre.

Anders ist die Rechtslage, wenn der Kaufgegenstand bereits vor der Billigung übergeben war. An sich ist die Übergabe zum Zweck der Probe oder Besichtigung verschieden von einer bedingten Eigentumsübertragung. Die Parteien können vereinbaren, daß z. B. die Übergabe zum Zweck der Probe sofort auf eine bestimmte Zeit erfolge, daß dagegen die eventuelle Lieferung erst später geschehen solle. Im allgemeinen wird aber der Parteiwillen dahin gehen, daß mit Übergabe der Sache zum Zweck der Probe zugleich das Eigentum bedingt

übertragen werde. Dann erwirbt der Käufer mit der Billigung das Eigentum unbedingt. Die Verpflichtung des Verkäufers ist ganz erfüllt. Haben die Parteien ausgeschlossen, daß die Übertragung des Kaufgegenstandes als bedingte Eigentumsübertragung gelten solle, dann müßte eigentlich nach der Billigungserklärung noch eine Einigung dahin erfolgen, daß das Eigentum nunmehr auf den Käufer übergehe. Diese ist aber immer daraus zu entnehmen, daß der Verkäufer den Käufer bis zur Billigungserklärung im Besitz der Sache gelassen hat.

Die Frage, ob der Käufer die seit Übergabe der Sache gezogenen Nutzungen dem Verkäufer zurückzugeben hat, wird zu verneinen sein. Nach § 159 BGB. sollen die an die Bedingung geknüpften Folgen dann auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, wenn dies aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts zu entnehmen ist. Es kann dies ausdrücklich bestimmt oder aus den Umständen zu schließen sein. Ist nun vor Eintritt der Bedingung bei einem Kaufvertrage die Kaufsache bereits übergeben, so ist daraus auf die Absicht der Parteien zu schließen, daß für den Eintritt der Bedingung die Rechtswirkungen auf den Zeitpunkt der Übertragung der Sache zurückbezogen werden sollen. Beim Kauf auf Probe werden hiernach die seit der Übergabe der Kaufsache von dem Käufer gezogenen Nutzungen diesem zustehen.

Die Gewährleistung des Verkäufers für Mängel der Sache wird durch den Umstand, daß der Käufer die Kaufsache geprüft und gebilligt hat, nicht beeinflußt. Insbesondere kann man nicht sagen, daß der Käufer die erkennbaren Mängel der Sache bei der Besichtigung er-

kennen mußte und deshalb solche Mängel nach der Billigung nicht geltend machen könne[1] Dies ist durch nichts gerechtfertigt. Auch gewöhnliche Kaufgeschäfte werden meistens im Leben so abgeschlossen, daß der Käufer den Kaufgegenstand besieht und prüft, und doch macht das Gesetz keinen Unterschied in der Gewährleistung wegen Mängel, ob nun der Käufer die Sache vor dem Kauf besichtigt hat oder nicht. Beim Kauf auf Probe ist aber der Käufer nicht verpflichtet, außergewöhnlich genau die Sache zu prüfen. Es gilt auch hier nur die Regel des § 460 BGB., daß der Käufer Mängel nicht geltend machen kann, wenn sie ihm infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben waren.[2] Man kann natürlich auch nicht noch weiter gehen und der Billigung die Bedeutung der Annahme der Sache im Sinne des § 464 BGB. geben.[3] Dies betonen auch die Motive[4] und weisen daraufhin, daß es stets auf die Umstände des Falls ankomme; diese sind aber auch beim unbedingten Kauf in gleicher Weise zu berücksichtigen.[5]

§ 13.

Im Falle der Mißbilligung.

Ist die Billigung nicht erfolgt, dann ist die Bedingung nicht eingetreten. Der Vertrag ist zerfallen. Wenn die Kaufsache nicht übergeben war, dann ergibt sich aus der Verweigerung der Billigung nur, daß die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien, die durch den

1) S. Crome a. a. O. Bd. II S. 488.

2) Mit den zwei Ausnahmen, daß der Verkäufer die Abwesenheit der Mängel zugesichert oder die Fehler arglistig verschwiegen hat.

3) Planck a. a. O. Bd. II § 495 Anm. 3.

4) Mugdan a. a. O. Bd. II S. 186.

5) S. Matthiaß a. a. O. S. 520.

Abschluß des Kaufs auf Probe entstanden waren, aufhören. Weitere Ansprüche aus dem Zerfallen des Vertrages sind nicht vorhanden. Hatte dagegen der Käufer den Kaufgegenstand zum Zweck der Probe oder Besichtigung übergeben erhalten, so ist er nun verpflichtet, ihn dem Verkäufer zurückzugeben. Der Anspruch des Verkäufers auf Rückleistung der Sache kann nicht aus dem abgeschlossenen Kauf auf Probe abgeleitet werden, denn mit dem Ausfall der Bedingung sind die vertraglichen Beziehungen zwischen den Parteien beendigt. Vielmehr ist hier der Gesichtspunkt eines durch Anvertrauen der Sache abgeschlossenen Realkontraktes zutreffend.[1]

Der Käufer besitzt nach Ausfall der Bedingung die Sache ohne rechtlichen Grund und ist deshalb zur Herausgabe verpflichtet. Das Rechtsverhältnis zwischen Verkäufer und Käufer ist genau das, welches in § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB.[2] geregelt wird. Aus demselben Rechtsgrunde folgt auch die Verpflichtung des Käufers, die über den Probegebrauch hinausgehenden Nutzungen herauszugeben.[3]

Hier ist noch die Frage zu behandeln, welche Bedeutung der Benutzung des Kaufgegenstandes durch den Käufer nach erfolgter Mißbilligung beizumessen ist. Das Oberlandesgericht Hamburg hat in einem in Seufferts

1) cf. Bechmann a. a. O. S. 251.

2) Wer durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt.

3) § 818 BGB.

Archiv [1] mitgeteilten Erkenntnis entschieden, daß der Käufer durch Ingebrauchnahme der Kaufsache nach Erklärung der Mißbilligung die Befugnis verliere, die Sache zurückzugeben und die Benutzung als stillschweigende Billigung gegen sich gelten lassen müsse. Es beruft sich dabei auf die Analogie bei der Geltendmachung der Wandelung. Wie dort das Wandelungsrecht durch Ingebrauchnahme der Sache ausgeschlossen werde, so müsse beim Kauf auf Probe dasselbe gelten. Diese Ansicht muß als unzutreffend bezeichnet werden. Denn die in beiden Fällen zu Grunde liegenden rechtlichen Verhältnisse sind durchaus verschieden. Durch die einseitige Erklärung der Mißbilligung wird das bestehende Vertragsverhältnis aufgehoben. Dagegen ist die Wandelung erst vollzogen, wenn der Verkäufer auf Verlangen des Käufers sich mit ihr einverstanden erklärt, dort also eine einseitige, hier eine zweiseitige Willenserklärung. Während man nun durchaus berechtigt in der Benutzung der Sache nach der Erklärung, wandeln zu wollen, den Verzicht des Käufers auf das Wandelungsrecht erblickt und das unveränderte Bestehen der vertraglichen Rechte und Pflichten annimmt, ist nach erfolgter Mißbilligung beim Kauf auf Probe kein Vertragsverhältnis mehr vorhanden, dessen Fortbestehen infolge des mit der erklärten Mißbilligung im Widerspruch stehenden Verhaltens des Käufers gefolgert werden könnte. Vielmehr liegt in der Benutzung des Gegenstandes, nachdem die Mißbilligung erklärt ist, eine unerlaubte Handlung, die den Käufer zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Ansicht ist auch in der Theorie

1) Band 48 S. 22.

und Praxis allgemein anerkannt.[1] Die Ersatzpflicht tritt natürlich für jede Benutzung ein, auch für die, welche sich im Rahmen des Probegebrauchs hält und zu der der Käufer vor der Erklärung der Mißbilligung berechtigt war.

1) S Lehmann-Ring a. a O. Bd. II S. 193; E. d. OLG. Frankfurt in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 38 S. 199.

V. Abschnitt.

§ 14.

Die Beweislast beim Kauf auf Probe.

Zum Schlusse soll hier die Frage der Beweislast beim Kauf auf Probe kurz erörtert werden. Sie ist für einen Prozeß zwischen den Parteien von der größten Bedeutung, da diejenige, welcher der Beweis obliegt, unterliegt, wenn ihr der Beweis nicht gelingt. Hier handelt es sich darum, wenn Kläger behauptet, es sei ein unbedingter Kauf abgeschlossen, der Beklagte dagegen geltend macht, es liege ein Kauf auf Probe vor, muß dann Kläger oder Beklagter seine Behauptung beweisen? Als oberster Satz für die Beweislast gilt folgender: Wer einen Anspruch im Prozeß geltend macht, muß Tatsachen vorbringen, die unter einen anspruchserzeugenden Rechtssatz fallen, und muß diese Tatsachen, wenn sie vom Gegner bestritten werden, beweisen. Hieraus folgt, daß überhaupt nur die rechtserheblichen Tatsachen des Beweises bedürfen. Andrerseits braucht der Kläger nicht alle Tatsachen vorzubringen, die zum rechtsgültigen Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts überhaupt nötwendig sind, die also Voraussetzungen jedes Rechtsgeschäfts sind. Die

allgemeinen Vorbedingungen jedes Rechtsgeschäfts werden als selbstverständliche Grundlage des Rechtsverkehrs angesehen und als in jedem Fall vorliegend vermutet. Deshalb ist derjenige, welcher aus ihnen Rechte herleitet, beweispflichtig Als solche Tatsachen kommen in Betracht die Geschäftsfähigkeit und die Voraussetzungen einer rechtsgültigen Willenserklärung überhaupt.[1] Bei den Tatsachen, die das Zustandekommen eines bestimmten Rechtsgeschäfts betreffen, unterscheidet man die essentialia, die naturalia und die accidentalia negotii. Die essentialia sind diejenigen Tatsachen, die begrifflich zu dem Rechtsgeschäft gehören, z. B. beim Kauf die Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis. Neben den essentialia unterliegen die sonstigen Bestimmungen bei einem Rechtsgeschäft der freien Parteivereinbarung. Aus diesen hebt das Gesetz gewisse Bestimmungen bei jedem Rechtsgeschäft hervor, die nach der Natur desselben erfahrungsgemäß gewöhnlich getroffen werden, und stellt sie als Regelfall fest.

Dahin gehört z. B. die Vorschrift des § 271 BGB.:

„Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken."

Solche Dispositivvorschriften des Gesetzes sind die naturalia eines Rechtsgeschäfts. Die Abweichungen von diesen sind die accidentalia.

In vielen Fällen spricht das Gesetz auch aus, daß beim Vorliegen gewisser Vereinbarungen anzunehmen ist,

1) cf. Crome a. a. O. Bd. I S. 553 und 561; Lehmann-Ring a. a. O. Bd. II S. 6.

daß die Parteien auch in anderen Punkten eine bestimmte Regelung getroffen haben oder daß diese doch ihrem Willen entsprechend gewesen wäre. Diese Rechtsvermutungen oder Auslegungsvorschriften finden sich im BGB. zahlreich. So setzt der § 271 in seinem 2. Absatz fest:

„Ist eine Zeit (für die Leistung) bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann."

Andere Beispiele enthalten die §§ 453, 315, 361, 495 Abs. 1.

Für die Frage der Beweislast steht nun fest, daß die essentialia im Bestreitungsfalle von demjenigen bewiesen werden müssen, der sie geltend macht. Ferner ist allgemein anerkannt, daß beim Vorhandensein von gesetzlichen Auslegungsvorschriften die Behauptung, es sei eine diesen widersprechende Vereinbarung getroffen, zu beweisen ist. Eine große Streitfrage aber ist es, ob derjenige, welcher die essentialia bewiesen hat, auch die naturalia beweisen muß, wenn der Gegner geltend macht, es sei etwas anderes vereinbart. Für uns kommt es zunächst darauf an zu prüfen, ob die Frage, die wir zu beantworten haben, wen trifft die Beweislast, wenn gegenüber der Behauptung eines unbedingten Rechtsgeschäfts vorgebracht wird, es sei bedingt abgeschlossen, überhaupt von diesem Streit berührt wird. Das ist zu verneinen.

Nach der Darstellung, die Gareis[1] über diese Frage gibt, muß man allerdings annehmen, daß er die

1) A. a. O. S. 197.

Unbedingtheit eines Rechtsgeschäfts für eine gesetzliche Dispositivvorschrift hält. Diese Ansicht dürfte aber nicht zutreffend sein. Im Gesetz ist keine Vorschrift enthalten, daß die Unbedingtheit als Regelfall gelten soll. Staub,[1] auf den sich Gareis beruft, betont ebenfalls, daß es in dieser Beziehung keine Dispositivvorschrift gibt.

Gareis führt ferner für seine Ansicht, derjenige, welcher die Bedingtheit geltend macht, müsse diese beweisen, an, daß das BGB. unzweifelhaft davon ausgehe, wer sich auf das Regelmäßige stütze, müsse nur den die Regel rechtfertigenden Tatbestand, nicht aber das Fehlen einer Abweichung vom Normalen beweisen. Aber auch dieser Grund ist nicht stichhaltig. Denn wenn man selbst annimmt, daß dies Prinzip im BGB. maßgebend ist, so kann man nicht ohne weiteres darauf schließen, daß im Sinne des BGB. die Bedingtheit als Abweichung vom Normalen anzusehen ist. Dies wird m. E. durch folgendes widerlegt:

Der I. Entwurf z. BGB. enthielt in § 196 die Vorschrift:

„Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäft geltend macht, hat zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zustande gekommen ist, auch wenn der Gegner die Errichtung zugesteht, jedoch behauptet, daß das Rechtsgeschäft in anderer Weise insbesondere unter Beifügung einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder unter Beifügung eines Anfangstermins oder Endtermins errichtet worden sei."

1) A. a. O. Aufl. 6 u. 7 Bd. I S. 21: „Bei der Bedingung gibt es keine gesetzliche Regel, kraft welcher das Fehlen der Bedingung als die normale Gestaltung der Sache erscheint".

Diese Vorschrift wurde zwar mit einer Reihe anderer über den Beweis ersatzlos gestrichen, aber nicht, weil man sie sachlich für unrichtig hielt, sondern nur, weil man der Auffassung war, daß die Aufstellung allgemeiner Sätze über die Beweislast durch die Gesetzgebung unzweckmäßig sei.[1] Wenn man daher den Satz, daß bei Geltendmachung einer aufschiebenden Bedingung derjenige beweispflichtig ist, welcher sich auf die Unbedingtheit beruft, allgemein für zutreffend hielt, so kann man doch unmöglich aus einem Gesetzbuch, bei dessen Herstellung diese Ansicht vertreten wurde, das Gegenteil folgern wollen.

Staub,[2] der mit Entschiedenheit den Standpunkt vertritt, daß derjenige, welcher die Bedingtheit eines Rechtsgeschäfts behauptet, diese beweisen muß, beruft sich unter Hinweis auf den Aufsatz Fittings in Buschs Zeitschrift für Deutschen Civilprozeß, Bd. 13, darauf, daß die Rechtsgeschäfte in der Regel unbedingt abgeschlossen werden und daß deshalb die Bedingung eine Ausnahme von der „normalen glatten Beschaffenheit" der Rechtsgeschäfte sei. Es sei aber nicht derjenige beweispflichtig, der sich auf die Regel berufe, sondern wer eine Ausnahme von der Regel geltend mache. Gegen diese Begründung ist einzuwenden, daß sie in der Aufstellung von Regel und Ausnahme viel zu weit geht. Man könnte schließlich auch sagen, daß Kauf im Verhältnis zu Tausch oder Schenkung die Regel sei, da Kaufgeschäfte erfahrungsgemäß häufiger vorkommen als Tausch und Schenkung. Ein anderes Moment aber als

1) cf. Lehmann-Ring a. a. O. Bd. II S. 2.
2) A. a. O. 6. u. 7. Aufl. Bd. I S. 23 ff.

das ganz äußerliche häufigere Vorkommen für das Regelrechte des unbedingten Geschäfts gegenüber dem bedingten kann man nicht anführen. Innere Gründe hat diese Regel nicht wie etwa die Dispositivvorschriften, die auf Grundlage eines in seinen Essentialien gegebenen Rechtsgeschäfts nach Maßgabe der Zweckmäßigkeit und der Erfahrung gewisse Folgerungen gesetzlich aufstellen.

Das bedingte Rechtsgeschäft erscheint gegenüber dem unbedingten nicht als Ausnahme von einem Regelfall, sondern es ist während des Schwebezustandes ein ganz anders geartetes Geschäft als das unbedingte. Das Wesentliche bei jedem Rechtsgeschäft, der auf die rechtliche Wirkung gerichtete Wille, ist bei beiden verschieden. Es handelt sich beim bedingten Rechtsgeschäft nicht nur darum, wann die Rechtswirkungen, die nach dem Parteiwillen folgen sollen, eintreten, sondern ob sie überhaupt eintreten. Wenn man daher auch die Unbedingtheit nicht zu den essentialia eines Rechtsgeschäfts im gewöhnlichen Sinne rechnen kann, so ist sie doch ein so wesentliches Tatbestandsmerkmal, daß durch ihr Fehlen die ganze Natur des Rechtsgeschäfts ergriffen wird. Es liegt daher in der Behauptung, das Rechtsgeschäft sei bedingt abgeschlossen, ein Leugnen der wesentlichen Grundlage der Klage. Demnach muß der Kläger beweisen, daß Unbedingtheit vorliegt.

Staub[1] meint, man könne sich nicht darauf stützen, das bedingte Rechtsgeschäft sei „ein anderes" wie das unbedingte, denn auch beim Einwand der Täuschung und der Simulation wird ein wesentlich anderes Rechts-

1) A. a. O. 6. u. 7. Aufl. Bd. I S. 24.

geschäft geltend gemacht, und doch werde dem, der das ernstliche mangelfreie Geschäft behauptet, nicht zugemutet, er solle beweisen, daß keine Täuschung oder Simulation vorgekommen sei. Dagegen ist zu bemerken, daß die Bedingtheit doch etwas wesentlich „anderes" ist als Täuschung und Simulation. Während die letzteren Mängel sind, die jedes Rechtsgeschäft ungültig machen, ist ein bedingtes Rechtsgeschäft ebenso rechtsgültig wie ein unbedingtes. Hier hat das „Andersein" den Sinn, daß ein Rechtsgeschäft behauptet wird, welches neben dem vom Gegner vorgebrachten rechtliche Geltung beanspruchen kann, während die von Staub angeführten Beispiele Mängel desselben Rechtsgeschäfts bedeuten.

Weiter macht Staub geltend, man könne deshalb das bedingte Rechtsgeschäft nicht als ein anderes als das unbedingte bezeichnen, weil man sonst zu dem eigentümlichen Ergebnis käme, daß der Kläger auch dann abgewiesen werden müßte, wenn die Bedingung bereits eingetreten wäre, da ja eine unzulässige Klageänderung vorläge. Man kann nicht umhin, an dieser Stelle Staub den Vorwurf des Wortkultus zu machen, den er kurz vorher gegen Stölzel erhebt. Es kommt stets nur auf den Sach- und Streitstand an, wie er dem Richter zur Entscheidung vorliegt. Wenn aber die Bedingung eingetreten ist, dann ist das Rechtsgeschäft unbedingt; und der Einwand des Beklagten ist damit hinfällig geworden, wie dies ebenso bei andern Streitpunkten der Fall ist, die sich während des Prozesses erledigen. Es handelt sich hier lediglich darum, ob das unbedingte Rechtsgeschäft und das bedingte während des Schwebezustandes anders geartet sind. Hier aber eine wesent-

liche Verschiedenheit zu leugnen, erscheint schlechterdings unverständlich. Man müßte denn der Ansicht sein, daß die Bedingung eine Nebenbestimmung ist, die neben dem Hauptvertrage eine selbständige Stellung einehmen kann.[1] Diese Anschauung ist aber allgemein mit Recht verworfen. Denn bei einem bedingten Rechtsgeschäft gibt man nicht zwei Willenserklärungen nebeneinander ab: „Ich will die Rechtswirkung" und „wenn ein bestimmter Umstand eintritt", sondern derjenige, welcher ein bedingtes Rechtsgeschäft abschließt, will die Rechtsfolgen nur für den Fall, daß die Bedingung eintritt Die Willenserklärung ist eine einheitliche.[2]

Lehmann-Ring[3] stützen ihre Ansicht, daß derjenige, welcher die Bedingung behaupte, beweispflichtig sei, auf die Analogie mit der Befristung. Sie führen aus, es lasse sich aus dem BGB.[4] entnehmen, daß bezüglich dieser die Beweislast dem Beklagten aufgebürdet sei. Da sich eine verschiedene Behandlung von aufschiebender und auflösender Bedingung, Anfangs- und Endtermin nicht rechtfertigen lasse, so müsse vom Standpunkt des Gesetzes aus auch die Bedingtheit von dem bewiesen werden, der sich auf sie berufe. Hiergegen ist, wie schon oben gegen die Ansicht von Gareis anzuführen, daß der Gesetzgeber der Ansicht gewesen ist, die im § 196 des I. Entwurfs niedergelegt war. Andererseits ist aber, wie Staub[5] hervorhebt, die gleiche Behandlung von

1) Staub scheint allerdings diese Meinung zu vertreten, a. a. O. S. 23.

2) Vgl. Gareis a a. O. S. 195; Planck a. a. O. Bd. I § 158 Anm. 1; Matthiaß a. a. O. Bd. I S. 255.

3) A. a. O. S. 7.

4) § 271 Abs. 1.

5) A. a. O. Bd. I S. 20.

Bedingung und Befristung keineswegs durchaus notwendig.

Lehmann-Ring gehen endlich davon aus, daß bei der Befristung die gesetzliche Dispositivvorschrift den Kläger des Beweises enthebe. Gerade dies ist aber in der Theorie und Praxis sehr bestritten. Das Reichsgericht hat in Übereinstimmung mit der in der Wissenschaft überwiegend vertretenen Auffassung [1] mehrfach entschieden, daß derjenige, welcher aus einem Rechtsgeschäft Rechte herleitet, beweisen muß, daß es unbedingt oder unbefristet abgeschlossen ist, wenn der Gegner eine Bedingung oder Befristung behauptet. Es geht dabei von dem Grundsatz aus, daß, wenn der Beklagte behauptet, der vom Kläger geltend gemachte Vertrag sei nicht vollständig angegeben, das Rechtsgeschäft, auf welches der Anspruch gegründet werde, nicht zugestanden, sondern in der Form des Anführens eines in Wirklichkeit abgeschlossenen andern Rechtsgeschäfts geleugnet sei. Deshalb sei der Kläger beweispflichtig. Hieran ändern auch eine gesetzliche Dispositivvorschrift nichts. Denn da diese nur gelte, wenn nichts anderes verabredet sei, so müsse Kläger, um sich auf eine solche berufen zu können, behaupten und beweisen, daß eine andere Vereinbarung nicht getroffen sei.

Es kann für unsere Frage dahingestellt bleiben, ob eine gesetzliche Dispositivvorschrift nicht auf die Beweislastregelung einwirke. Denn eine Dispositivvorschrift dahin,

1) Vgl. hierzu Stölzel, Schulung für die ziv. Praxis Bd. I S. VI (4. Aufl.), ferner den Aufsatz von Stölzel „Nochmals die Beweislast bei Befristungen (zu § 271 BGB.)" in der Zeitschrift „das Recht" 1902 No. 23 und die dort angegebene Litteratur und Reichsgerichtsentscheidungen über diese Frage.

daß die Rechtsgeschäfte unbedingt abgeschlossen werden, gibt es nicht, und es lassen sich die Fragen der Beweislast bei Bedingung und Befristung durchaus unabhängig von einander entscheiden. [1]

Kommen wir hiernach zu dem Resultat, daß der aus einem unbedingten Kaufvertrag klagende Verkäufer beim Vorbringen des Käufers, es liege ein Kauf auf Probe vor, die Unbedingtheit beweisen muß, so ist es nur eine Konsequenz dieses Satzes, daß im umgekehrten Fall dem Verkäufer der Beweis für das Vorliegen eines Kaufs auf Probe obliegt, wenn der Käufer einen unbedingten Kauf geltend macht. [2]

Im entgegengesetzten Sinn regelt sich die Beweislast, wenn der Beklagte gegenüber einem unbedingten Kauf geltend macht, der Kauf sei unter einer auflösenden Bedingung abgeschlossen. Denn hier gibt der Beklagte zu, daß der Klageanspruch entstanden ist, und behauptet nur, daß infolge der auflösenden Bedingtheit er durch Eintritt der Bedingung wieder untergegangen ist. Mehr aber als die Entstehung seines Anspruchs braucht Kläger nicht zu beweisen. Beruft sich der Beklagte darauf, daß dieser entstandene Anspruch wieder untergegangen ist, so trifft ihn die Beweislast, ob das den Anspruch vernichtende Moment nun auf einer bereits bei Abschluß des Vertrages getroffenen Vereinbarung beruht oder später entstanden ist.

---

1) Vgl. Staub a. a. O. Bd. I S. 20 und Rassow in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 781 ff. bes. 784

1) Vgl. von Hahn a a. O. S. 243 Anm. 2 und die dort zitierten Entscheidungen des ROHG.